

REVISÃO DE CONTRATOS NO CÓDIGO CIVIL: REFLEXÕES PARA UMA SISTEMATIZAÇÃO DAS SUAS CAUSAS À LUZ DA INTENÇÃO COMUM DOS CONTRATANTES

LUIS RENATO FERREIRA DA SILVA
Mestre em Direito pela UFRGS
Doutor em Direito pela USP
Professor Adjunto da UFRGS
Advogado

SUMÁRIO: I – Introdução. 1. Antecedentes do Código Civil de 2002. 2. O Código Civil de 2002: pressupostos diversos para causas semelhantes. 3. Escopo deste trabalho. II – Premissas para a compreensão do tema revisional. 4. Primeira premissa: recomposição da intenção comum das partes. 5. Segunda premissa: contratos findos não são passíveis de revisão. 6. Terceira premissa: só é possível a revisão estribada em alguma causa juridicamente reconhecida. 7. Causas de revisão no Código Civil de 2002 concomitantes à formação do contrato. 8. Causas de revisão no Código Civil de 2002 supervenientes à formação do contrato. III – Revisão por conta de cláusulas abusivas. 9. A presença do regramento no Código Civil de 2002. 10. Fundamento para o repúdio às cláusulas abusivas. 11. Vantagens da ausência de uma lista de cláusulas. 12. O papel da intenção comum na revisão por cláusulas abusivas. IV – A lesão e a revisão. 13. Conceito de lesão. 14. Elementos do artigo 157 do Código Civil. 15. Revisão como pretensão secundária para afastar a rescisão. 16. Novamente: o papel da intenção comum. V – A onerosidade excessiva no Código Civil. 17. Elementos do artigo 478 do Código Civil. 18. O elemento da imprevisibilidade. 19. O elemento da vantagem excessiva. 20. Resolução ou revisão? 21. Intenção comum: revisão com concordância do credor. 22. O artigo 317 do Código Civil. VI – A quebra da base do contrato. 23. Ausência de tratamento explícito. 24. As críticas atuais e sua superação. 25. Direito comparado: BGB, Código Civil Português e Código Civil Italiano. 25. A viabilidade hermenêutica para adoção da teoria: pressuposição e intenção comum. VII – Considerações finais. 26. As razões para os posicionamentos no presente trabalho.

I - INTRODUÇÃO

1. *Antecedentes do Código Civil de 2002.*

O tema da revisão dos contratos ganhou um impulso no direito brasileiro a partir da década de 90 do século passado, muito influenciado pela edição, em 11 de setembro de 1990, do Código de Defesa do Consumidor. Esse diploma prevê no inciso V do artigo 6º o direito básico do consumidor de modificar as cláusulas contratuais com obrigações desproporcionais e revê-las, em caso de fatos supervenientes. Igualmente, no inciso V do artigo 39, considera como prática abusiva a exigência, pelo fornecedor, de vantagem excessiva. Culmina o tema, o artigo 51, ao listar, em rol aberto, as cláusulas tidas por abusivas, prevendo, no § 2º, a revisão contratual por integração da lacuna que surja por conta da retirada da cláusula invalidada.

Essa sistemática representou uma novidade em termos de legislação, influenciando a leitura doutrinária e jurisprudencial do Código Civil de 1916, silente sobre o tema.

Um exame da jurisprudência é expressivo desses dois momentos. Até meados da década de 90, os raros acórdãos que tratavam da revisão contratual, normalmente sob a ótica da teoria da imprevisão, asseveravam que a mesma era aceita no direito brasileiro, mas encontravam dificuldades de aplicá-la no caso concreto por conta da ausência dos requisitos necessários para sua configuração¹.

¹ Neste sentido, servem de exemplo acórdão da 4ª Turma do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – Apelação Cível 2.936/89 (RT 664/127) “*Imprevisão. É assentado, mansa e pacificamente, na doutrina e na jurisprudência, que a força do contrato não se reduz, salvo circunstância concreta que gera, pelo inopinado de seu advento, modificação substantiva na natureza das obrigações contratadas. É requisito*”

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

No decorrer do primeiro decênio do Código de Defesa do Consumidor, os acórdãos modificaram a linha de entendimento. Os Tribunais passaram a aceitar a ideia de revisão contratual, não só estribados na teoria da imprevisão, mas fundamentando-se em outras teorias, como a da quebra da base do negócio jurídico para enfrentar situações supervenientes; igualmente surgiram decisões procedendo a revisões sob o argumento da lesão enorme ou da presença de cláusulas abusivas².

Essas decisões não se cingiam aos contratos de consumo. Por variados argumentos estenderam-se aos contratos civis e comerciais, desenvolvendo um rico manancial jurídico que fluía quando da entrada em vigor do atual Código Civil.

2. O Código Civil de 2002: pressupostos diversos para causas semelhantes.

essencial para que tal ocorra que o cenário sob o qual o contrato foi firmado tenha sofrido alteração absolutamente inesperada, fora de toda cogitação razoável. Como é curial, a inflação não está fora de qualquer cogitação razoável. Tanto assim que a indexação da economia, ou seja, o mecanismo de atualização monetária para suprir a desvalorização causada pela inflação já existia em 1979, época em que foi formado o contrato” (note-se que a decisão é de 1989, dez anos após o contrato ter sido formado); igualmente, decisão do então 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, por sua 7ª Câmara Cível na Apelação Cível 371.609-8: “Celebrado contrato nos moldes legais e bastante correntios no mundo dos negócios, não há que se alegar excessiva oneração de uma das partes em virtude do processo inflacionário para justificar a aplicação da teoria da imprevisão. O fenômeno inflacionário, existente há décadas na vida econômico-financeira do Brasil, não se correlaciona com caso fortuito ou acontecimento excepcional e imprevisível, capaz de provocar o empobrecimento de um dos contratantes e o conseqüente enriquecimento injusto do outro, o que ensejaria a incidência da cláusula rebus sic stantibus”.

² Nesse sentido, decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por sua 10ª Câmara Cível, Apelação Cível 70002486215: “Embargos do devedor. Contrato atrelado à variação cambial. Maxidesvalorização do dólar. Quebra da base do negócio. Onerosidade excessiva. Para que haja intervenção estatal nos contratos, em especial aqueles regidos pela legislação consumerista, basta que fato superveniente cause desequilíbrio contratual, causando a onerosidade excessiva para um dos contratantes. Teoria da quebra da base do negócio, que prescinde do fator imprevisibilidade. Situação que pode ser reconhecida, mesmo em sede de embargos do devedor, para excluir da execução o

O Código de 2002, ao tratar do tema da revisão acabou, com maior ou menor explicitação, mas não na sua inteireza, referindo-se aos pontos que a jurisprudência tinha construído, bem como enfrentando as causas elencadas no Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, o tratamento não foi feito, necessariamente, na mesma linha adotada, o que se justifica por, no mínimo, duas razões.

Em primeiro lugar, os princípios que regem os contratos civis e comerciais são lidos com lentes diversas dos que regem os contratos de consumo. Em que pese também nesses falar-se em autonomia privada (*rectius*, liberdade contratual), boa-fé e justiça contratual, a realidade negocial sobre a qual eles recaem é diversa. Assim, a liberdade pressupõe uma isonomia de condições, interesses e necessidades que não é a mesma nos contratos de consumo e nos contratos civis e comerciais. Quando se pensa em boa-fé nas relações de consumo incrementam-se as funções atribuídas a ela em decorrência do anonimato dos envolvidos (diferentemente dos contratos civis e comerciais nos quais ainda se alinham as negociações). Igualmente, a idéia de justiça contratual – traduzida como uma relação de comutatividade inerente a todo contrato – está cercada de normas protetivas na relação de consumo (como a determinação de um necessário equilíbrio) que não se reproduz integralmente no âmbito das relações contratuais regidas pelo Código Civil.

Em segundo lugar, a unificação das relações obrigacionais civis e comerciais no Código Civil de 2002 acentua as diferenças acima expostas e impõe que a interpretação de dispositivos como os do artigo 478 (que trata da resolução por onerosidade excessiva) ganhe contornos distintos.

excesso assim reconhecido. Multa moratória corretamente reduzida para o limite legal. Apelação improvida”.

3. Escopo deste trabalho.

O desiderato deste trabalho é o de proceder a leitura dos dispositivos do Código Civil que tratam do tema da revisão (em especial os artigos 157, 166, 317, 421, 422, 478 e 479) à luz do que me parece ser o sistema codificado. Isso importa em aceitar premissas fixadas que se adaptem aos dispositivos legais referidos e rejeitar alguns verdadeiros dogmas no tema.

As posições aqui adotadas representam uma “revisão” também para mim. Em 1992, nos albores do Código do Consumidor, defendi minha dissertação de mestrado sobre o tema da revisão. Desde então, e em especial por conta da edição do Código Civil e dos rumos que a jurisprudência tomou, venho pensando sobre o assunto. Ajudado pelas ideias trocadas com colegas, alunos e vendo a prática revisional do dia a dia, percebi que a revisão desempenha outro papel, em especial em uma economia mais estabilizada (na qual o fenômeno inflacionário deixa de ser o temor cotidiano).

A homenagem ao Código que presto nesse trabalho parte da tentativa de interpretar os dispositivos citados dentro do sistema codificado reconhecendo a não mais necessária influência do diploma consumerista no tema e buscando redirecionar algumas posições anteriormente adotadas.

Para tanto, o plano do texto partirá das premissas básicas para o tema da revisão. Após examinar-se-ão os dispositivos codificados a partir das causas que justificam a revisão contratual, unificando a interpretação sistemática pelo conceito de intenção comum das partes.

II – PREMISSAS PARA A COMPREENSÃO DO TEMA REVISIONAL

4. Primeira premissa: recomposição da intenção comum das partes.

A finalidade de toda e qualquer revisão contratual é a de permitir o adimplemento contratual que se encontra ameaçado por algum desequilíbrio na sua estrutura econômica inicial. Ao conceber a relação contratual, as partes criam um equilíbrio econômico que consideram o necessário para o cumprimento das suas obrigações. No âmbito do Código Civil esse equilíbrio não é uniforme, senão que considera os interesses casuísticos das partes. Assim, existe um equilíbrio na medida em que a relação de comutatividade (a troca de valores dentro do contrato) pressuposta e desenvolvida não deve ruir em suas bases ou sofrer alterações de modo a inviabilizar o prosseguimento do plano contratual.

O que não se pode presumir é que tal equilíbrio seja uniforme. Com isto quero dizer que cada realidade contratual balança os interesses dos contratantes com um peso diferente e não há um mínimo econômico que seja possível impor sem, com isso, violar o primeiro dos princípios contratuais, a saber, a liberdade contratual. Portanto, o plano contratual estabelecido pelas partes por invocação da liberdade contratual (concretização da autonomia privada no direito dos contratos), uma vez que se contenha nos limites da função social do contrato e dos parâmetros da boa-fé, não pode ser uniformemente equilibrado, senão que considerando a realidade de cada contratação.

Por tal motivo, uma primeira premissa é que a revisão contratual não tem por finalidade equilibrar o contrato (pelo menos não com um prumo principiológico). A

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

revisão é uma ferramenta para ajudar na recomposição da estrutura contratual construída pelas partes que, por alguma causa, não mais se sustenta. O papel da hermenêutica é a base da revisão pois só a compreensão da intenção das partes (objetivamente declarada no contrato) permitirá que se revise sem afrontar a liberdade contratual. O artigo 112 do Código Civil dá a regra geral de interpretação, seguido do artigo 113 que, ao tratar da boa-fé, a meu juízo, dá os instrumentos de busca da referida intenção dentro do respeito às expectativas legítimas criadas a partir das intenções declaradas e não a partir de um suposto equilíbrio objetivo que se aliene do contrato a ser revisado. Isso só ocorrerá não se as partes não agiram de boa-fé.

Como ensina Cláudio Sconamiglio,

“la soluzione del problema della buona fede, ed in particolare della buona fede interpretativa, passa attraverso la determinazione dei modi con cui la individualità della singola operazione negoziale viene filtrata da schemi socialmente tipici, al fine de consentire l'emersione di quel che il regolamento concreto esprime in termine de normalità e regolarità”³. E segue mais adiante, em passagem que inspira muitas das observações abaixo: “il canone di buona fede si palesa talvolta idoneo a cogliere il comune intento dei contraenti, qualora questi si siano comportati lealmente nella formazione del precetto contrattuale, mentre, in caso contrario, esso impone l'attribuzione al contratto del significato che gli compete nell'ambiente sociale”⁴.

Essa intenção comum das partes (*rectius*, o interesse dos contratantes) deve ser objeto da indagação hermenêutica e representará o núcleo da atividade revisional. Assim, a primeira premissa que adoto: a revisão contratual, no sistema do Código Civil, deve considerar a intenção comum das partes na formulação contratual, com isto buscando restabelecê-la.

5. Segunda premissa: contratos findos não são passíveis de revisão.

³ “Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti”. CEDAM, Milão, 1992, pág. 339.

⁴ Idem, pág. 347.

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

A segunda premissa deriva da função acima referida. Se a revisão quer restabelecer as condições que permitam o adimplemento de um contrato, aqueles que já tenham sido adimplidos não se submetem à revisão. Quero dizer, contratos findos não são passíveis de revisão.

Deve-se entender bem essa posição que tem sido divergente na jurisprudência⁵. Se, durante a vigência do contrato, houvesse alguma causa permissiva da revisão, no momento em que o contrato termina, não há mais como se revisar. Entretanto, dependendo na natureza da causa, a mesma pode abrir ensejo a outras pretensões. Assim, um contrato que contenha, exemplificativamente, uma cláusula ilegal que gere a sua nulidade, acarretando o pagamento a maior (juros acima da taxa legal no mútuo civil, por exemplo), poderia, durante a sua execução ser objeto de uma revisão que adequasse à taxa legal, com isto permitindo o adimplemento. Uma vez adimplido, a ilegalidade não estará sanada e certamente terá ocorrido uma vantagem excessiva para o beneficiário. Isto poderá assegurar uma ação de repetição de indébito, mas não justificará uma revisão pois nada mais há para revisar, alterar ou modificar a fim de que o contrato prossiga no seu curso.

Aliás, o teor do verbete 286 da Súmula da Jurisprudência Predominante no STJ⁶ não contraria essa lógica visto que a ilegalidade permite a discussão. O que se sustenta

⁵ Vide acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por sua 18ª Câmara Cível, julgado em 02/02/2010, na Apelação Cível 70038064101: “*Apelação cível. Negócios jurídicos bancários. Ação revisional. Cédula de crédito rural pignoratícia. Pacto extinto antes do ajuizamento da ação. Inviabilidade de revisão. Análise do caso concreto. Inviável admitir a revisão de cláusulas contratuais que dispõem acerca da correção do débito, em contrato extinto e quitado pelo pagamento antes do ajuizamento da demanda, pena de ofensa à segurança jurídica dos negócios jurídicos perfeitos e acabados. Mormente quando, como no caso, inexistente prova de pagamento com erro ou sob coação. Observância ao instituto do ato jurídico perfeito. Incidência da regra do artigo 5º, inciso XXXVI, da CF. Inaplicabilidade da Súmula nº 286 do STJ à espécie. Precedentes jurisprudenciais. Negaram provimento ao recurso. Unânime*”.

⁶ “A renegociação de contrato bancário ou a confissão de dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contatos anteriores”

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

é que não se dá na via revisional. Um exame dos precedentes que ensejaram a edição da Súmula, desde o primeiro de lavra do Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr. (REsp 237.302/RS), seguidos pelos REsp 230.559/RS, 132.565/RS e 450.968/RS, mostra que a fundamentação cogitava primeiro de casos de novação. Para tais casos, efetivamente, tanto o Código revogado, como o atual possuem dispositivo que considera ineficaz a novação que valide nulidades (trata-se do artigo 367 do Código Civil de 2002 que sucedeu o artigo 1007 do Código Civil de 1916 nesse ponto). A segunda razão era a natureza continuada dos contratos que, ao serem novados, tomavam como base o saldo existente no contrato anterior. Esse ponto específico não pode ser generalizado sem contrariar a finalidade da revisão.

Aqui a segunda premissa que adoto: contratos findos são insuscetíveis de revisão.

6. Terceira premissa: só é possível a revisão estribada em alguma causa juridicamente reconhecida.

Em terceiro lugar, é de se ver que a revisão deve consistir na excepcionalidade. A sua utilização deve pressupor, necessariamente, que surgiu uma causa (no sentido de razão jurídica) suficiente para autorizar a intervenção judicial. Não há um princípio revisional, do contrário a lógica contratual fundada na vinculatividade dos pactos estaria subvertida⁷.

⁷ Como bem afirma Jorge Cesa Ferreira da Silva: “Atualmente, no Brasil, não se põe em questão a revisibilidade dos pactos. Mais do que isso, chegou-se, em alguns casos, ao extremo oposto: a ‘super-revisibilidade’ contratual. Por isso, há que se sublinhar o fato de que a revisão contratual por alterações das circunstâncias deve ser entendida, em qualquer situação, como hipótese excepcional, não significando, de nenhum modo, o afastamento da linha de princípio operante, segundo a qual o contrato é, sim, salvo exceções, intangível”. “Adimplemento e Extinção das Obrigações”, RT, SP, 2007, pág.162.

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

Não parece ser outro o motivo pelo qual não há uma cláusula geral que abrigue um princípio revisional. Há, sim, para a liberdade contratual conectada ao limite positivo da função social. É da incidência da limitação à liberdade criada pela função social no artigo 421 do Código Civil que deriva a possibilidade de revisão. Quero dizer, sempre que a utilização da liberdade contratual gere obrigações que violem a função social poderá ter-se, como consequência, a revisão.

Dado o caráter indeterminado da função social, a sua concretização, para fins específicos de revisão, dependerá de existir a mencionada causa.

Essa, parece-me, é a terceira premissa: a revisão deve fundamentar-se em uma causa (*rectius*, razão jurídica) justificadora da intervenção judicial. Sem isso, estar-se-á violando a liberdade contratual.

7. Causas de revisão no Código Civil de 2002 concomitantes à formação do contrato.

O estudo da revisão, fixadas as referidas premissas, passa a ser, então, um estudo das causas que podem dar azo a ela. O Código Civil de 2002, diferentemente do Código Beviláqua, tratou dessas causas, ainda que de forma dispersa, como antes referido. A dispersão, contudo, não pode levar o interprete a perder de vista o fio condutor de todas as revisões, qual seja, readequar o contrato, em andamento, à intenção das partes, sempre que houver uma causa reconhecida juridicamente que obstaculize o adimplemento.

As causas – espalhadas em vários dispositivos do Código Civil – podem ser arregimentadas em dois grupos.

Há causas que são concomitantes à formação do contrato. No momento em que o contrato se forma, já contém em si algum elemento que, posteriormente, acarretará a sua revisão. Os contratantes, no enlevo da negociação, não atribuem a essas causas a correta dimensão ou, então, imaginam que as repercussões serão menos danosas do que se mostram no futuro ou, ainda, precisam da contratação e relevam o problema. Juridicamente essas causas se traduzem pela presença de cláusulas abusivas ou pela vantagem exagerada que desemboca na lesão.

8. Causas de revisão no Código Civil de 2002 supervenientes à formação do contrato.

Outras são as causas supervenientes à formação do contrato. Aqui, o contrato vem se desenvolvendo sem percalços mas a superveniência de um determinado fato provoca uma alteração na sua economia rompendo a estrutura inicialmente imaginada pelas partes. Esses fatos poderão ter qualificações diversas e o seu enfrentamento dependerá dessas qualificações. Se se pensar em fatos imprevisíveis, o tratamento jurídico será dado pela teoria da onerosidade excessiva. Se forem fatos pressupostos que não se mantêm, a solução encaminha-se pela teoria da quebra da base do negócio jurídico.

A diferença mais significativa do correto enquadramento diz respeito à extensão das modificações que sofrerá o contrato. Se a causa for concomitante, um provimento revisional produzirá efeitos *ex tunc*. Em se tratando de causa superveniente, o efeito será *ex nunc*⁸.

⁸ O artigo 478 do Código Civil, *in fine*, é expresso em dizer que a sentença no caso de resolução por onerosidade excessiva retroage à data da citação.

Essa divisão já era doutrinariamente feita antes da vigência do Código Civil de 2002 e, parece-me, continua válida e útil, visto que os artigos legais que tratam do tema permitem a sua aplicação.

III - REVISÃO POR CONTA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

9. *A presença do regramento no Código Civil de 2002.*

Uma das críticas inicialmente feitas ao novo Código Civil quando da sua edição consistia no alegado desemparelhamento entre as soluções adotadas em alguns temas e a evolução que se dera durante a longa tramitação legislativa do projeto.

No ponto específico das cláusulas abusivas isto avultava visto que o Código de Defesa do Consumidor produzira um rol, ainda que exemplificativo, de cláusulas, dando um tratamento ao tipo de vício (nulidade de pleno direito) e às consequências (revisão do contrato por integração da lacuna) nos artigos 51 e 52 e seus parágrafos.

Essa crítica ignora que os codificadores foram explícitos em ter do Código uma visão diversa do que os diplomas oitocentistas registravam. Enquanto os códigos de linhagem napoleônica representavam a pretensão da totalidade do ordenamento, os modernos códigos são vistos como centralizadores das regras gerais (muitas delas inscritas em cláusulas gerais) que orientam o ordenamento e dão a uniformidade principiológica. Não mais o Código total, mas um Código Central⁹.

⁹ “Compreensão do Código Civil como lei básica, mas não global” no dizer de Miguel Reale na exposição de motivos do Anteprojeto, ora *in* “História do Novo Código Civil”, RT, SP, 2005, pág. 69.

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

Com isto em mente, a reflexão que se possa fazer sobre as cláusulas abusivas deve remeter ao fundamento para o seu repúdio pelo ordenamento jurídico.

10. Fundamento para o repúdio às cláusulas abusivas.

Ora, as cláusulas abusivas não reportam um problema de legalidade da disposição. Não se trata de uma cláusula ilegal que o ordenamento repudie. Fosse esse o fundamento e talvez um rol se fizesse necessário e, mais do que isto, um rol que devesse ser taxativo (para firmar-se no princípio da legalidade, ninguém estaria obrigado a deixar de fazer uma clausulação se ela não fosse proibida por lei).

As cláusulas abusivas, entretanto, aproximam-se muito mais da estrutura dos abusos em geral. Nesses, parte-se de um agir inicialmente lícito que, dadas as circunstâncias concretas em que é atuado, torna-se ilícito. Formalmente o ato é lícito. Materialmente, não¹⁰.

A cláusula inserta em um determinado contrato (por não ser ilícita) poderia estar nele contida. Entretanto, considerando as condições das partes, a finalidade do contrato e as circunstâncias objetivas que cercam o negócio jurídico, acabam gerando para uma delas uma vantagem excessiva em relação às legítimas expectativas do outro contratante.

¹⁰ Na lição de António Menezes Cordeiro: “...os direitos subjetivos seriam estruturas formais dobradas de valores: o abuso residiria na observância das primeiras e na violação dos segundos”. “Da Boa-fé no Direito Civil”, Almedina, Coimbra, 1989, t. I, pág. 869.

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

Na verdade, o que se desrespeita é o comando de não agir de forma a frustrar expectativas legítimas de quem confia. Isso é a clássica definição de agir contra a boa-fé objetiva¹¹. Ou seja, estabelecer em um contrato uma cláusula que se demonstra excessivamente vantajosa para uma das partes em detrimento do que se deveria esperar de contratantes leais é ferir a boa-fé objetiva. Ao fazê-lo, a cláusula passa para a invalidade. Mantê-la seria romper o sinalagma genético que o negócio contém (reiterando que por sinalagma entende-se o “toma lá, dá cá” contratual, que prescinde de uma paridade, mas importa em uma comutatividade¹²).

Fundamentar o repúdio às cláusulas abusivas no princípio da boa-fé objetiva dá o norte sistemático do Código e, portanto, reconhece que, mesmo sem a lista exemplificativa como no Código de Defesa do Consumidor, a possibilidade de revisão está ancorada no dispositivo do artigo 422 do Código Civil. Ao determinar que se observe a boa-fé durante a conclusão do contrato, abarca-se o comportamento das partes justamente na elaboração das cláusulas contratuais, durante sua redação.

11. Vantagens da ausência de uma lista de cláusulas.

¹¹ Impossível, por mais conhecida que seja a obra, deixar de citar, ao se tratar do tema, Judith Martins-Costa: “...a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração com os interesses do ‘alter’, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação obrigacional”. “A Boa-Fé no Direito Privado”, RT, SP, 1999, pág. 412.

¹² Em sentido diverso, sustentando um postulado de equivalência, que ultrapasse o sinalagma ou a comutatividade, visto serem estes, segundo o autor, meramente formais (quantitativos) e não indicativos de um conteúdo qualitativo, ver Fernando Rodrigues Martins, “Princípio da Justiça Contratual”, Saraiva, SP, págs. 273 a 283.

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

A vantagem deste enquadramento (sem a lista, portanto) pode ser demonstrada na forma de construção do raciocínio por concreção que implementa a cláusula geral da boa-fé. Com tal fundamento, uma cláusula inserida em um determinado contrato pode ser considerada abusiva por violar a boa-fé daqueles contratantes e, outra cláusula de igual redação, em outro contrato, com outras condições entre as partes, com diversa finalidade e com singulares circunstâncias objetivas, pode ser considerada não abusiva.

Pense-se, por exemplo, na cláusula mandato. Efetivamente a outorga de poderes amplos para um dos contratantes concluir negócios em nome do outro pode se mostrar abusiva se não tiver correlação com a finalidade do contrato. Por outro lado, justifica-se plenamente em situações de sequência negocial imperativa para a boa execução do próprio contrato.

Impossível, com base num juízo prévio, elencarem-se, sem pecar pelo excesso ou pela ausência, as cláusulas que sejam uniformemente abusivas. Deixando para o exame casuísticos ter-se-á uma consideração com a primeira premissa acima referida¹³.

12. O papel da intenção comum na revisão por cláusulas abusivas. IV – A lesão e a revisão.

¹³ No CDC isso se justifica uma vez que a premissa é a da vulnerabilidade do consumidor. Isso faz com que sempre se projete uma abusividade em algumas circunstâncias. Mas mesmo ali, uma leitura que prime pelo respeito à boa-fé deveria amenizar e comportar a prova, a cargo do fornecedor, de que a cláusula se justifica e deve ser mantida por não representar abusividade no caso concreto. Já tive oportunidade de manifestar, de forma mais desenvolvida, a ideia *in* Ferreira da Silva, Luis Renato. “Princípios do direito contratual no Código de Defesa do Consumidor: autonomia privada e boa-fé.”

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

Assim, uma vez que o exame do contrato e seu entorno demonstre a desconexão entre os fins contratuais e a estatuição das partes em um determinada cláusula, há no Código Civil a possibilidade de revisar-se o contrato integrando a lacuna criada pela retirada do dispositivo contratual considerado abusivo.

O vício fica apontado com base no artigo 422 do Código Civil, justificando a sua extirpação sem contaminar o todo por força da regra *utile per inutile non vitiatur* contida no artigo 184 do Código Civil. Note-se que essa regra, coerente com a prevalência da intenção comum dos contratantes, pressupõe que a preservação se dará “[R]espeitada a intenção das partes”.

Sendo assim, a revisão nesse caso consiste em invocar as regras hermenêuticas dos artigos 112 e 113, buscando qual a intenção comum que criou a expectativa violada pela cláusula. Identificada essa intenção comum, a reconstrução da cláusula volta-se para a redação de dispositivo que permita o adimplemento e que respeite a boa-fé objetiva.

IV - A LESÃO E A REVISÃO

13. Conceito de lesão.

Instituto antigo, mas sem tratamento legislativo no Código Civil de 1916 (e com regra excludente da sua alegação entre os comerciantes, conforme o artigo 220 do antigo Código Comercial de 1850), a lesão aparece regrada no artigo 157 do vigente Código Civil.

Algumas reflexões sobre a sua harmonização” in “Contratos de Consumo e Atividade Econômica”, Saraiva e FGV, SP, 2009, pp.3/32.

A lesão parifica-se, em alguma medida, com as cláusulas abusivas em dois pontos ao menos. Trata-se de causa concomitante à formação do contrato pois nasce junto com ele gerando, para uma das partes, vantagem exagerada. Constitui um abuso de posição jurídica visto que há obtenção do ganho por força da situação de necessidade ou inexperiência do outro contratante.

A diferença existe, em grande parte, porque a vantagem obtida via lesão recai sobre o objeto do contrato, ou seja, a obrigação principal, e não sobre obrigações secundárias como os regramentos das cláusulas abusivas.

14. Elementos do artigo 157 do Código Civil.

Ao legislar sobre a lesão, o codificador de 2002 fez algumas eleições. No que tange aos elementos subjetivos, o Código afastou a necessidade do dolo de aproveitamento¹⁴, com isso liberando a prova de que o beneficiário da lesão sabia da situação de necessidade ou inexperiência do lesado. Criou-se a possibilidade de um contrato ser maculado por lesão, sem que se possa imputar responsabilidade ao beneficiário.

O elemento objetivo, por sua vez, afastou-se da sistemática de tarifação de qual a diferença entre o “justo preço” e o valor praticado (como alguns ordenamentos que

¹⁴ No mesmo sentido do texto, Humberto Theodoro Júnior, “Comentários ao Novo Código Civil”, Forense, RJ, 2003, Vol. III, Tomo I, pág. 230. Em sentido contrário, ainda sustentando a necessidade do dolo ou considerando-o como sendo presumido Nelly Potter, “Revisão e Resolução dos Contratos no Código Civil”, LumenJuris, RJ, 2009, pp. 82/84.

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

estabelecem percentuais¹⁵), adotando o critério a ser concretizado casuisticamente, para verificar se há uma *“prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”*¹⁶.

Embora o Código de 1916 não tratasse do tema, a doutrina e alguma jurisprudência aceitavam a figura baseada na construção da lei 1.521/51. Dita lei considerava crime a chamada usura real, tipificando como ilícita a cobrança, em qualquer contrato, aproveitando-se o beneficiário da necessidade ou inexperiência da outra parte, de vantagem pecuniária superior a 20% do justo preço.

Agora, a sistemática expurga o dolo de aproveitamento, como referido e desconecta a figura de um percentual pré-determinado.

Uma vez que se aperfeiçoem os elementos do suporte fático (necessidade ou inexperiência e desproporção manifesta) configura-se a lesão ensejando a rescisão do contrato (que o Código chama de anulação).

15. Revisão como pretensão secundária para afastar a rescisão.

A figura revisional é uma alternativa posta a favor do beneficiário da diferença de preço para não ver rescindido o contrato. É importante que se aprecie o instituto dentro do sistema. O que parece chamar a atenção num primeiro momento é que a opção pela revisão ficou para o beneficiário da lesão que poderá, nos termos do § 2º do artigo 157

¹⁵Como o Código Civil Francês que prevê, no artigo 1.674, a perda da fração de 7/12; o Código Civil Italiano que exige 50% no artigo 1.448 ou Código Civil Espanhol que exige a quarta parte nos artigos 1.291 e 1.293.

¹⁶ Na mesma linha do BGB no § 138, 2; do Código Civil Português, no artigo 282, 1 ou do artigo 954 do Código Civil Argentino.

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

do Código Civil, optar por evitar a rescisão complementando o preço ou reduzindo o proveito conforme a situação seja de preço ínfimo ou excessivo, respectivamente.

Entretanto, uma vez não se considerando o dolo como elemento essencial para a configuração da lesão, não há porque impor-se ao beneficiário a perda do negócio se este, de boa-fé, dispuser-se a pagar o justo preço. A revisão aqui respeita a intenção comum das partes. Se o beneficiário estava de boa-fé e acreditava estar fazendo um negócio vantajoso, não há porque impor-lhe a revisão pois ele poderia não querer fazer o negócio a não ser nas condições que lhe pareceram excepcionalmente boas. Por outro lado, se o negócio era importante, permite-se que o mesmo seja revisto pela complementação ou redução, não impondo um contrato a quem, em condições outras não o faria¹⁷.

O fato de afastar-se a revisão da esfera do lesado está em que não se impõe a ele nenhum prejuízo na rescisão visto que, continuando com o bem ou com o valor pago, poderá voltar a contratar sobre o objeto.

Se a escolha ficasse a critério do lesado, a contra-parte que não obrou com dolo poderia ver-se na contingência de executar um contrato para o qual não manifestara a sua intenção.

¹⁷ Nesse sentido, decidiu a 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação 124040806: “Apelação - Arrendamento rural - Ação de revisão contratual - Remuneração pelo arrendamento gritantemente desproporcional para com o justo valor de mercado - Negócio celebrado com senhora octagenária, iletrada e sem nenhuma experiência em negócios, aparentemente iludida por promessas da nora e dos netos, com os quais contratou - Situação ensejando a aplicação do instituto da lesão, previsto no art. 157 do CC - Mácula cujo reconhecimento pode implicar, licitamente, nos termos do §2º daquele dispositivo, a revisão da prestação considerada lesiva, por admitido esse efeito pela parte favorecida - Sentença de acolhimento do pedido - Confirmação - Recurso não conhecido na passagem em que inova no plano fático. Apelação conhecida apenas em parte e, nessa parte, desprovida”.

16. Novamente: o papel da intenção comum.

O que o Código parece privilegiar (no que não está só, visto que a rescisão por lesão com opção revisional é adotada em outros sistemas) é a primeira premissa antes referida: a intenção comum das partes.

Ambos institutos – cláusulas abusivas e lesão – não geram, entretanto um dissenso maior ou um esforço hermenêutico em se tratando do tema da revisão. Nas obras doutrinárias, em sua maior parte, inclusive não são arrolados costumeiramente como causas centrais. As maiores discussões residem nas causas supervenientes.

V - A ONEROSIDADE EXCESSIVA NO CÓDIGO CIVIL

17. Elementos do artigo 478 do Código Civil.

O dispositivo central da revisão encontra-se no artigo 478 do Código que tratou, por primeira vez de forma genérica, da possibilidade de fatos posteriores à contratação serem levados em conta para a sua alteração. O referido dispositivo alinha-se com alguns similares em outras codificações mas possui elemento próprio que não é comumente encontrado nos sistemas estrangeiros. O artigo 478 exige, para sua incidência que (i) se trate de contratos de execução continuada ou diferida, (ii) a prestação de uma das partes torne-se excessivamente onerosa, (iii) acarretando extrema vantagem para a outra parte, (iv) em decorrência de fatos extraordinários e imprevisíveis.

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

Presentes esses elementos, o que o prejudicado possui é pretensão resolutive do contrato. Tal qual na lesão, deixa-se para o beneficiário da onerosidade a opção por afastar a resolução, ofertando a revisão em condições equitativas, consoante o artigo 479.

A figura da resolução por onerosidade excessiva segue a linha de outros Códigos, tomando como paradigma o Código Civil Italiano de 1942, em seu artigo 1.467.

18. O elemento da imprevisibilidade.

Os autores têm criticado alguns pontos e essa crítica não é nova, especialmente no que pertine à adjectivação dos fatos supervenientes que permitem seja invocada a teoria¹⁸. Exigir que os fatos que afetam a economia contratual sejam decorrentes de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis torna o campo de incidência bem mais exíguo.

O parâmetro de previsibilidade pode ser muito amplo, especialmente se se estiver pensando não em fatos previstos no contrato, mas que poderiam estar previstos e não estavam por imprevidência das partes e não do fato em si.

O silêncio das partes sobre fatos previsíveis era entendido como eloquente de que as mesmas não queriam que estes, já previsíveis mas não previstos, afetassem o seu contrato.

¹⁸ Como bem aponta Judith Martins-Costa: “O problema está em caracterizar o que é previsível ou imprevisível, o que dá lugar a várias questões concernentes ao grau de previsibilidade exigível para fazer com que o evento entre nas margens da ‘álea normal’”. “Comentários ao Novo Código Civil”, Forense, RJ, 2003, Vol. IV, Tomo I, pág. 252.

Essa posição, que vigorou durante muito tempo na jurisprudência nacional anterior ao Código atual, privilegiava a vontade das partes sobre (i) a economia contratual e (ii) o que se está chamando de intenção comum.

Por isto tem-se, há algum tempo, interpretado o requisito de modo afeito ao contrato em si. Ou seja, embora previsível o fato, se as suas consequências no contrato fossem imprevisíveis, colocando o processo contratual fora da ordem comumente intencionada (daí ser extraordinário), ele seria suficiente para atender ao requisito legal¹⁹. Doutrina e jurisprudência, em interpretação integradora da norma lêem o dispositivo como se o mesmo dissesse que os fatos extraordinários e de consequências imprevisíveis permitem a resolução ou sucessiva revisão.

E a verdade é que nenhum diploma, mormente um feito com os nortes da socialidade, eticidade e operabilidade²⁰ reverteria o estado da jurisprudência quando da sua edição para impor uma interpretação literal em detrimento da interpretação evolutiva, até porque a casuística dos países que já adotavam norma semelhante sempre andou no mesmo passo mitigado da literalidade.

19. O elemento da vantagem excessiva.

¹⁹ “O que se quer afirmar é que o ‘imprevisível’ é o que não poderia ser legitimamente esperado pelos contrantes, de acordo com a justa expectativa, a ser objetivamente avaliada, no momento da conclusão do ajuste”. Idem, pág. 253. No mesmo sentido Antônio Junqueira de Azevedo, “Relatório brasileiro sobre revisão contratual para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant” in “Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado”, Saraiva, SP, 2009, pág. 191.

²⁰ No dizer de Miguel Reale, os “três princípios fundamentais” do Código, ob. cit., págs. 37 a 42.

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

Mais problemático parece ser a exigência de que a resolução ou a revisão só ocorresse quando ao requisito da onerosidade excessiva se somasse a extrema vantagem.

Efetivamente parece haver uma incongruência sem a interpretação que busque a intenção comum das partes. Fatos que afetam o contrato com frequência tornam-no de difícil adimplemento para uma das partes, sem que para a outra haja qualquer tipo de exigência maior do que a inicialmente estabelecida. O devedor da prestação passa a ter dificuldades, não acarretando, na maioria das vezes em um locupletamento do credor, que apenas faz jus ao que já estava estabelecido no contrato.

Veja-se o célebre caso dos contratos de *leasing* firmados em dólar quando da desvalorização do real perante a moeda norte-americana²¹. O que o credor exigia, após o fato desequilibrador do contrato, era a mesma quantidade de dólares fixada inicialmente e que funcionava como parâmetro indexador das prestações (muitas vezes tendo, esse credor, que repassar a quantia, em moeda estrangeira, para a instituição da

²¹ O STJ firmou a sua jurisprudência no sentido de permitir a revisão desses contratos, em que pese serem em alguma medida aleatórios. No REsp 472.594, paradigma das decisões vindouras, há passagem significativa que considera a intenção comum, ainda que não tenha sido o critério uniformemente adotado nos julgamentos futuros. Consta do voto do Min. Ari Pargendler: “As partes contavam com a estabilidade do real durante o prazo contratual. A longo prazo, sabia-se — a despeito da posição pública do Governo — que ela não subsistiria, porque

comprometia nossa balança comercial. O papel governamental era esse mesmo, porque qualquer dúvida, a propósito, prejudicaria irremediavelmente a política econômica, toda atrelada à chamada âncora — o vocábulo diz tudo — cambial. A probabilidade de mudanças nesse âmbito, portanto, fazia parte do cenário, mas as partes quiseram, ambas, acreditar que teriam tempo de fazer um bom negócio. Cada qual, por isso, tem uma parcela de (ir)responsabilidade pela onerosidade que dele resultou, e nada mais razoável que a suportem. Tal é o regime legal, que protege o consumidor da onerosidade excessiva, sem prejuízo das bases do contrato. Se a onerosidade superveniente não pode ser afastada sem grave lesão à outra parte, impõe-se uma solução de equidade. (.....)Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial e de lhe dar parcial provimento para que as diferenças resultantes da desvalorização do real sejam suportadas concorrentemente pelas partes, à razão de metade — compensadas as custas e os honorários de advogado em razão da sucumbência recíproca”.

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

qual tomara os valores que subsidiavam o *leasing*). A rigor, dentro da economia interna do contrato, havia uma forte onerosidade para o devedor que contratara a um câmbio e vira, por fato do príncipe, esse câmbio quase triplicado. Onde, porém, a vantagem extrema da outra parte?

A solução passa pela intenção comum das partes. O que as partes tinham em comum no momento da contratação era a circunstância de um câmbio estável que, mesmo podendo sofrer variações (o que era previsível pois é da natureza do câmbio as suas inflexões), não era esperado como passível de uma modificação extraordinária. Nenhuma das partes, no momento da contratação, cogitava de ter um valor de recebimento tão elevado e, se as mesmas fossem firmar o contrato no momento do fato superveniente, certamente não o fariam na mesma modalidade. Assim, se o contrato não fosse adaptado à realidade, firmar um contrato em dólar naquele momento configuraria uma vantagem inexistente no mercado e nas condições negociais.

Quero dizer que o requisito da vantagem deve ser visto não na relação já estabelecida, até porque se nessa houvesse já essa vantagem, o contrato poderia ser lesivo. O foco da interpretação deve considerar a seguinte questão: hoje (com a circunstância alteradora já existente) as partes firmariam esse contrato nos mesmos termos? Se o fizessem (porque desejavam muito o objeto contratual, porque vislumbravam um negócio necessário para outros fins, porque não tivessem outras condições de mercado, por exemplo), não estará configurado o requisito. Se não o fizessem, manter-se o contrato é propiciar ao contratante não onerado um vantagem excessiva²².

²² Posição diversa adota Ruy Rosado de Aguiar Jr. que sustenta dever-se estabelecer uma presunção *iuris tantum* de vantagem. “Comentário ao Novo Código Civil”, Forense, RJ, 2011, Vol. VI, T. II, pág. 911.

As decisões que versam o tema não têm enfrentado o requisito de frente, preferindo observar o tópico da onerosidade em detrimento da vantagem, até mesmo pelas dificuldades interpretativas que ele cria. Parece-me, entretanto, impossível ignorá-lo, posto que interpretando-o de modo integrativo com a sistemática codificada, sem ignorar a intenção comum das partes.

20. Resolução ou revisão?

Outro ponto a gerar numerosas objeções diz com a preferência à resolubilidade em detrimento da revisão.

Efetivamente há, no artigo 479 do Código Civil algumas imprecisões terminológicas que merecem ser apontadas. A mais significativa delas (diferentemente do que estatuído no artigo 157 do Código Civil que possui linguagem mais precisa) é o uso da nomenclatura processual. O dispositivo menciona que a opção é do réu, pressupondo uma demanda judicial e ignorando que o tema é de direito material. O que se cria é uma figura *sui generis*: a demanda cuja procedência se dá na eventualidade da contestação. O contratante que não puder cumprir por onerosidade excessiva (pela sistemática do Código) deve ajuizar uma demanda resolutória, tornando-se autor. O outro contratante ao contestar a demanda em que ocupa a posição de réu, sustentará a inexistência dos elementos, mas aceitará, em argumentação sucessiva, que, se sucumbir, prefere a revisão...

O entendimento doutrinário tem sido contrário a isso, privilegiando a pretensão revisional já na proposição da demanda, como pode-se ver no enunciado 367 das Jornadas de Direito Civil do Superior Tribunal de Justiça.

Alia-se a isto o fato de que o artigo 317 do Código Civil, em redação menos exigente do que o artigo 478, afastando o requisito da extrema vantagem e referindo apenas a motivos imprevisíveis (e não extraordinários) permite que a parte prejudicada formule, de pronto, pedido revisional.

21. Intenção comum: revisão com concordância do credor.

Embora tenha, em outro momento, feito minhas essas críticas, como disse acima, esse trabalho também é uma “revisão” após dez anos de vigência do Código de 2002 e quase vinte anos desde que comecei a trabalhar com o tema da revisão.

Sempre reiterando as premissas adotadas, tenho que a revisão contratual é um remédio excepcional. Mais ainda, as diretrizes que o Novo Código adotou, em especial a da eticidade com a primazia da boa-fé objetiva na conclusão e na execução do contrato tornam o respeito à intenção comum, exarada dentro dos ditames da boa-fé, um imperativo a ser considerado constantemente nas indagações e dificuldades que surjam no processo contratual (como bem espelhado na passagem de Claudio Sconamiglio anteriormente citada).

Tendo isto em mente, a superveniência de um fato que afete a economia contratual não poderá ensejar uma solução que afronte a intenção comum. O raciocínio é semelhante à hipótese de lesão. A resolução por onerosidade excessiva também decorre de fatos inimputáveis a qualquer dos contratantes. Até porque se houver responsabilidade atribuível a algum deles, o tema desloca-se para o inadimplemento e para responsabilidade contratual.

Sendo inimputável, impor-se a continuidade contratual com a revisão sem que se ouça o credor afrontaria a intenção comum. Note-se que o devedor da prestação onerosa de qualquer modo se desincumbirá dela, seja desfazendo o contrato, seja revisando. Já o credor, se não quiser, ou puder, continuar na relação com as bases alteradas estará, em caso de pretensão revisional debutada pelo onerado, constrangido a permanecer em um contrato contra suas expectativas.

Outra vez o Código estabelece um balanço entre a liberdade contratual e as expectativas legítimas. Certamente ofenderia o devedor onerado não poder recompor ou desfazer-se de contrato que, por razões alheias às partes, deixou de corresponder à normalidade esperada. Entretanto, sem que o credor concorde com a revisão, a ofensa seria revertida.

Por isso, não me parece desequilibrar a relação sinalagmática a posição adotada pelo Código. Há solução suficiente na conjugação dos artigos 478 e 479 e essa solução parece-me prescindir da interpretação que inverta as pretensões, construindo uma revisão inicial não contemplada no sistema codificado.

22. O artigo 317 do Código Civil.

É verdade que o artigo 317 anda pelo caminho revisional desde logo. Entretanto, nele encontra-se a revisão não de todo o contrato, mas da prestação devida em determinado momento. O espectro é menor e a finalidade do dispositivo menos abrangente²³.

²³ Em sentido contrário, compatibilizando ambos dispositivos para dar primazia à revisão e, secundariamente, à resolução, Ruy Rosado de Aguiar Jr, ob. cit. págs. 915/916.

VII - A QUEBRA DA BASE DO NEGÓCIO JURÍDICO

23. *Ausência de tratamento explícito.*

A crítica que merece o Código ao tratar das causas de revisão reside na ausência de uma adoção clara da base negocial (o que não aconteceu no Código de Defesa do Consumidor que no artigo 6º, inciso V, não adjetiva os fatos supervenientes e imprevisíveis; tampouco na lei dos contratos públicos, no artigo 65, inciso II, alínea “d”, que prevê o reequilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativos mencionando ao lado dos fatos imprevisíveis, os *“previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”*).

Isto porque os fatos supervenientes, independentemente de serem imprevisíveis ou previsíveis e de conseqüências imprevisíveis, que desestremem a base contratual atingem a intenção comum das partes e tornam a relação onerosa ou inútil para os contratantes.

Uma circunstância dessa natureza, certamente dá azo a que os contratantes revejam a contratação e não mais encontrem razões econômicas para manterem o negócio.

24. As críticas atuais e sua superação.

As críticas feitas à teoria da base negocial a inquinam de subjetiva, em parte por reprimatizar, em grande parte, a teoria da pressuposição de Windscheid. A realidade mostra, porém, que na prática contratual sobrelevam os pressupostos que as partes consideram os móveis da contratação. Não é incomum que a razão que leva os contratantes a ingressarem no negócio deixe de existir ou se altere, restando um contrato, como dito, oneroso ou inútil.

O problema reside em conseguir afastar a razão unilateral, não comunicada e subjetiva – o motivo -, da razão comum determinante – a causa (quando expressa) ou a pressuposição (quando implícita).

Novamente entra em cena a figura da intenção comum. Os motivos, por não se bilateralizarem, não podem consistir em razão jurídica suficiente visto que sobre eles não há consenso, muito menos consentimento. Já a pressuposição ou a causa comungam do consenso de ambas as partes, ainda que (i) não esteja expresso ou (ii) não se materialize em cláusula contratual.

Há um trabalho probatório de parte dos envolvidos para demonstrar que o elemento afetado pelo fato superveniente era comum e determinante. Mas uma vez estabelecido o nexo, a manutenção de dito elemento de forma íntegra é garantia da estabilidade contratual e sua alteração poderá ser objeto de reconstituição, em processo revisional.

Note-se que, diferentemente da onerosidade excessiva, que introduz um elemento não previsto pelas partes, a teoria da quebra da base se volta para o

desaparecimento ou alteração de um elemento previsto e aceito, ainda que não tornado condição ou cláusula contratual.

25. Direito comparado: BGB, Código Civil Português e Código Civil Italiano.

A matéria tem sido adotada em outros ordenamentos jurídicos que podem servir de paradigma²⁴, e até mesmo o direito civil alemão, que recusara a proposta integrante do projeto do BGB de 1900, acabou por ser reformado na parte das obrigações, acolhendo a teoria da base²⁵.

De algum tempo, a doutrina e a jurisprudência italianas têm recorrido e aceito a noção de pressuposição. FRANCO CARRESI cita várias decisões das quais extrai o conceito que judicialmente foi se formando na Itália²⁶.

²⁴ Como o Código Civil Português no seu artigo 437, assim redigido: “(Condições de admissibilidade) 1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. 2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior”.

²⁵ A reforma alterou o § 313, 1 que passa a ter a seguinte redação: “(1) Se as circunstâncias, tornadas base do contrato, alteraram-se profundamente depois da sua celebração, de modo que as partes não o teriam celebrado ou o teriam com outro conteúdo, se houvessem previsto essa alteração, então pode ser exigida a revisão do contrato, na medida em que for inexigível para a parte a manutenção do contrato não modificado, considerando todas as circunstâncias do caso concreto, especialmente a reparação contratual ou legal dos riscos”.

²⁶ Trattato di Diritto Civile e Commerciale – Il Contratto. Milão: A. Giuffrè Editore, 1987, v. 21, t. 1, p. 277: “si ha presupposizione quando una situazione di fatto o anche di diritto dalla quale non dipenda la stessa validità del contratto (...) e che sia obiettiva e comune ad entrambe le parti, oltreché desumibile dal contesto del contratto attraverso l'integrale ricostruzione della volontà delle parti al di là dell'esame del testo, costituisce il presupposto della formazione dell'assetto d'interessi fra esse concordato”.

Esse ponto, entretanto, não foi expressamente acolhido no Código e sua falta impede uma teoria revisional mais coerente e que considere, na totalidade, o interesse comum das partes.

25. *A viabilidade hermenêutica para adoção da teoria: pressuposição e intenção comum.*

Indiretamente tem-se vislumbrado a possibilidade de acolhimento por interpretação a contrário senso do disposto no inciso I do artigo 166 do Código Civil. A norma destina-se a incluir, entre as causas de nulidade dos negócios jurídicos, a causa ilícita, ou o que o Código denominou o “*motivo comum determinante*”. Nesses casos, embora o contrato possua um objeto lícito, as partes, de comum acordo e de forma determinante para que se realize a contratação, destinam o objeto contratual para uma finalidade ilícita. É o exemplo do contrato de locação de imóvel. Em princípio tal contrato é plenamente lícito em seu objeto. Entretanto, as partes fazem a locação para que no local se instale um comércio ilegal, como um cassino. O contrato estará eivado de nulidade, não por ilicitude do objeto, mas porque a razão efetiva (motivo determinante, *rectius*, causa) e comungada por ambos os contratantes era ilícita.

Se o *motivo comum determinante* ilícito nulifica o contrato, aquele que seja lícito pode ser considerado comum, senão um requisito de validade, visto que ausente regra explícita no ordenamento, ao menos um fator de eficácia entre as partes. Considerando-se que a eficácia contratual é gerar obrigações que conduzam, em seu adimplemento, à satisfação das partes, a ausência ou desfalque dessa eficácia importa em revisão do contrato para sua reconstituição.

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

Aliás, não é incomum, em parte importando a técnica norte-americana de contratos, na qual parte importante é a *consideration*, os contratos de maior relevância econômica adotarem a prática de iniciar o texto contratual com “considerandos” nos quais explanam o que os leva a contratar²⁷. A eficácia desses considerandos (que não são regras contratuais que criam obrigações exigíveis) consiste em dimensionar os motivos comuns determinantes (as causas) que as partes reputaram justificadoras da contratação. Sem elas, não estaria solidificada a base negocial. Sem elas o contrato se torna oneroso ou inútil. Negar relevância a esses considerandos (que muitas vezes não são declinados, nem por isso deixando de ser pressupostos) é impedir a cabal realização da intenção comum das partes.

Nesse ponto, a sistemática codificada, a meu juízo, deixou sem tratamento uma série de casos que poderiam ser eficazmente solucionados. Mais ainda, tal ausência acaba forçando situações revisionais em dispositivos nos quais isso não poderia se dar sem o consentimento da outra parte, como acima me referi à interpretação corrente do artigo 479 do Código Civil.

Aceitando-se a interpretação a contrário senso do inciso I do art. 166 do Código Civil ou propugnando-se pela adoção expressa e direta da teoria da base estar-se-á

²⁷ Embora hoje o significado seja distinto (trabalhando com a ideia de *bargain*, entre prejuízo – *detriment* – e confiança – *reliance*) historicamente a *consideration* aparece em textos legais, funcionando como uma referência às razões fáticas que conduziram o legislador a editar um texto determinado. BRIAN SIMPSON indica o ano de 1429 como sendo o primeiro em que o substantivo *consideration* aparece em legislação editada por Henrique IV, sendo que durante o século XV este era o sentido mais comum em que a mesma foi sendo utilizada. “A History of the common law of contract”. 1ª ed., 2ª reimpressão. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 330 onde faz a afirmação e nota 5, na qual menciona o diploma legal. Igualmente relembra o fato de que os textos eram escritos em francês e a palavra que aparecia era “*consideracion*”. No mesmo sentido Kiralfy, A. K. R. “The English Legal System”. 5ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1973, p. 62: “...some fifteenth-century royal charters use the term ‘*consideration*’ as meaning reason (cause) of the grant, while the term ‘*consideration*’ also appears in wills to signify the reason (cause) for a bequest. Similar references appear in the beginning of statutes...”.

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

completando a sistemática revisional adotada pelo Código e superando-se algumas críticas feitas e que acabam, no bom e saudável objetivo de abranger situações não alcançadas pelas regras codificadas, por alterar-lhe o sentido e a técnica.

VIII - CONSIDERAÇÕES FINAIS

26. As razões para os posicionamentos no presente trabalho.

Depois de um sem número de casos de ações revisionais, reprimidas as demandas por um diploma que não as contemplava, sequer em situações extremamente iníquas, pode-se perceber que também deve-se assentar as responsabilidades dos contratantes e seu compromisso com a boa-fé no momento da contratação. Um amplo espectro revisional tornou comum a ideia de que qualquer contrato seria passível de revisão. Ignorando-se, em muitos momentos, que as duas partes estão legitimamente vinculadas e que as alterações não podem ser imputadas a elas sem que se considere o elemento basilar dos contratos, a intenção comum das partes.

Nesse sentido, o sistema revisional adotado pelo Código, acaba por ser coerente nesse desiderato (seja aportando soluções que dependem de ambas as partes manifestarem a intenção de revisar – lesão e onerosidade excessiva – seja considerando as expectativas comuns legítimas que prossigam na boa-fé – cláusulas abusivas).

Entretanto, para que tal sistema se complete, reconhecer-se a teoria da base permitiria que as demais figuras revisionais se contivessem em seus limites dogmático,

ANO I - Número I - OUT/NOV/DEZ 2013 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

sem prejuízo de abarcarem-se situações que efetivamente merecem procedimento revisional.

São os primeiros dez anos. A construção e aperfeiçoamento de um diploma pelo seu uso é o que caracteriza sociedades democráticas e estáveis, nas quais o direito positivo é construído diuturnamente. Nessa senda, rever posições e sugerir interpretações que prezem a sistematicidade do ordenamento é o dever de contribuição que todos os envolvidos nas lides jurídicas possuem e é a melhor forma de homenagear um diploma legal.