

1986, p. 14 e segs.; Norbert Achterberg, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 1982, p. 336; Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, München, C.H. Beck, 1993, p. 679 e segs.).

17 Ainda ao tempo da Emenda Constitucional de 1969, é ilustrativo dessa orientação e acórdãos da 1ª Turma do TFR, AMS 108.891 - SP, rel. Ministro Costa Leite.

18 Alfred Katz, *Staatsrecht*, Heidelberg, C. F. Müller, 1992, p. 49.

19 Robert Post, *Theories of Constitutional Interpretation in Law and the Order of Culture*, Berkeley, University of California Press, 1991, p. 13 e segs. Observa Post que a expressão "responsive interpretation" provém da noção estabelecida por Philippe Nonet e Philip Selznick de "responsive law", ou seja a lei que funciona "as a facilitator of response to social needs and aspirations" (p. 24 e p. 39, nota 63).

20 Katz, op. e p. cit.

21 Comentário ao CPC, vol. V, p. 156-157.

22 Do Mandado de segurança, Rio, Forense, 1993, p. 151 e 156.

23 O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, p. 338.

24 STJ, 1ª Seção, MS 591 - DF, DJU 4.03.91, p. 1.959) ou que "o juízo competente para processar e julgar o mandado de segurança é o da sede da autoridade coatora" RTFR 132/359 e, igualmente, RSTJ 2/347, RTFR 119/26, 132/243, 132/266, 134/35, 160/227, cf. Theotônio Negrão, CPC e

Legislação Processual em Vigor, 25ª ed., p. 1117, notas ao art. 14 da Lei do MS.

25 Lúcia Valle Figueiredo, em conferência que proferiu sobre Autoridade Coatora e Sujeito Passivo, (in Mandado de Segurança, Porto Alegre, 1986, Sérgio Antônio Fabris, p. 21 e segs.) narra um desses expedientes, que surpreendeu em sua prática como Juiz Federal. Diz a consagrada administrativista: "Outro problema que se colocou, esse bastante sério, foi o do Empréstimo Compulsório. Neste, deliberadamente, as autoridades administrativas, que legislam, resolveram impossibilitar a interposição de mandado de segurança, por meio do art. 7 do Decreto-Lei: "Cabe ao Ministro da Fazenda praticar os atos necessários à execução deste Decreto-Lei e ao Secretário da Receita Federal expedir os avisos de cobrança do Empréstimo". Com isso, o Ministro da Fazenda praticaria os atos necessários à execução do Decreto-Lei. O Ministro da Fazenda é autoridade sediada em Brasília. Com seu turno seria o Secretário da Receita Federal que expediria avisos de cobrança do Empréstimo. Com isso se pretendia deslocar também qualquer interposição, por via de mandado de segurança, contra o malsinato compulsório. É evidente. Se pensarem na extensão do Brasil, é evidente que está, por exemplo, sediado no Acre, não vai impetrar um mandado de segurança em Brasília, ainda mais se não se tratar de quantia vultosa. Se a quantia for um pouco mais módica, é evidente que esse mandado de segurança não seria interposto. Pretendia-se afastar a amplitude, a magnitude do mandado de segurança".

As causas da revisão dos contratos pelo juiz e o Código de Defesa do Consumidor

Luis Renato Ferreira da Silva

Advogado em Porto Alegre. Mestre em Direito pela UFRGS.

SUMÁRIO

I - Introdução; 1. A revisão dos contratos e as relações do Código de Proteção e Defesa do Consumidor; 2. Plano de Trabalho; II - O conceito de autonomia da vontade: visão clássica e moderna; A) Visão clássica; 3 - A teoria de E. Betti; 4 - A teoria de L. Ferri; 5 - Os princípios decorrentes da autonomia da vontade na visão clássica; 6 - A liberdade contratual; 7 - O efeito relativo dos contratos; 8 - A interpretação e a execução dos contratos; 9 - Os limites à autonomia da vontade; B) Visão moderna; 10 - As alterações no conceito; 11 - A autonomia como poder-função; Revisão dos princípios; 12 - A moderna liberdade contratual; 13 - O moderno efeito relativo; 14 - As modernas interpretação e execução; 15 - Os novos limites à autonomia contratual; III - Causas de revisão concomitantes à formação do contrato; A) Cláusulas Abusivas; 16 - Fundamento do rol do art. 51 do CDC; 17 - Natureza do vício causado pelas cláusulas abusivas; 18 - Efeito da presença das cláusulas; 19 - Revisão pelo juiz; 20 - A interpretação integrativa e o procedimento revisional; B) Lesão enorme; 21 - Conceito de lesão; 22 - O acolhimento da lesão pelo CDC; 23 - Âmbito de aplicação do instituto; 24 - Revisão e lesão; IV - Causas de revisão supervenientes à contratação; A) Teoria da imprevisão; 25 - Caráter clássico da teoria e requisito da imprevisibilidade; 26 - Outros requisitos; B) Teoria da base do negócio; 27 - Diferenças entre as teorias; 28 - A base objetiva; 29 - Revisão e teoria da base.

Abstract

Starting from the hypotheses that (a) we are going through a transition in which the courts, the doctrine and the law, itself begin of treat the possibility of the judicial revision of contracts diversely and that (b) there are several juridical figures that can enable this activity of the judge's, the present paper studies the institutes which give cause for the judicial revision of contracts at the consumer law.

Two groups of institutes that allow the revision are analysed. The first group consists in the concomitant causes to contract formation

The second group is the one which refers to the appearance of causes supervenient to contract formation.

I - Introdução

1. O tema da revisibilidade de cláusulas contratuais por atividade do juiz ganhou novo

impulso com o advento da lei de defesa dos consumidores. Classicamente, o assunto é versado dentro dos parâmetros da contratualística oitocentista, cingida sempre pelo forte caráter individual e liberal. Dentro daquele contexto, as oportunidades para que se desse uma atividade revisora eram muito limitadas.

Não obstante estas limitações, algumas circunstâncias afloravam como permissivas da revisão judicial, sempre que se verificasse um fato futuro e imprevisível que alterasse a economia negocial. Uma visão diferente (a) do próprio conceito de obrigação e (b) da noção da autonomia privada acarreta, modernamente, uma ampliação das situações de revisão, agregando-se aos fatos futuros e imprevisíveis, os futuros e previsíveis, mas frustradores do contrato, bem como fatos concomitantes à própria formação do pacto que ensejam a lesão enorme ou a presença de cláusulas abusivas.

Estas figuras, graças a esforços que ainda são levados a cabo, adentram a seara do direito civil comum, como fruto de construções dou-

trinárias e jurisprudenciais. Com o advento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC), porém, traçou-se um quadro onde estão estabelecidas as regras de revisão nas relações de consumo, o que acabará, certamente, por incrementar os modelos jurídicos referentes ao tema no direito civil¹.

No presente trabalho, pretendo esboçar as causas contempladas na lei 8.078/90, que concretizam o princípio de manutenção dos contratos.

No nível da dogmática civil atual, a possibilidade de tratar-se da revisão dos contratos por interferência de um terceiro, diverso das partes contratantes, só é possível tendo-se em mente uma minoração do papel desempenhado pela vontade dos contratantes como fonte das obrigações resultantes de um contrato. Esta evolução pela qual passou a vontade, antes intensamente atuante (com o predomínio da autonomia das partes sobre as regras majoritariamente disponíveis da lei civil sobre o tema) e agora um tanto mais atenuada (dando-se um novo sentido ao dogma da vontade), é examinada aqui como preliminar necessária para que seja possível cogitar-se das novas regras do direito do consumidor. Por meio do exame da evolução do conceito de autonomia da vontade, podem-se examinar as modificações que ensejaram o surgimento de conceitos protetivos do consumidor e uma visão mais social das relações travadas entre particulares².

2. O CDC, ao tratar dos institutos autorizadores da revisão, versa fatos concomitantes ao surgimento do próprio negócio jurídico que será revisado e, também, fatos supervenientes à conclusão do contrato. Estes fatos dão causas à revisão privilegiando a manutenção do pactuado, eis que as alterações ou as causas ínsitas poderiam, numa visão menos flexível, conduzir à extinção do negócio e não à sua adaptação.

O exame será feito, portanto, a partir da análise da premissa básica da modificação do conceito de autonomia da vontade e os efeitos que a sua conceituação (seja a clássica, seja a

moderna) acarreta. A seguir, posta a premissa, são analisadas duas causas concomitantes à formação, representadas pelas cláusulas abusivas e pela lesão enorme. No final, estudam-se as teorias possíveis de enfrentar o confronto das alterações fáticas com o contrato (a saber, a teoria da imprevisão e a da quebra da base do negócio), par que se veja qual delas o CDC adotou.

II - O conceito de autonomia da vontade: visão clássica e moderna

A) Visão clássica

3. A noção de autonomia da vontade evoluiu das teorias clássicas (cujo momento mais avançado está nas teorias preceptivas) para uma visão moderna que a encara como um poder-função que é posto nas mãos dos indivíduos. Dentre as teorias preceptivas desponta a propugnada por E. BETTI, em cuja obra se colhe a clássica definição de que a autonomia consistiria no "...*aparelho motor de qualquer consciente regulamento recíproco de interesses privados*"³, cuja atuação tornava o contrato *lei entre as partes*. Nesta visão, o negócio jurídico, fruto da autonomia privada, adquire um caráter preceptivo como fonte criadora de relações jurídicas. Para BETTI e seus seguidores a vontade não é conteúdo do ato de autonomia privada, mas tão somente a sua fonte geradora. O autor não se compadece do caráter de fonte do direito da autonomia da vontade expressada no negócio jurídico, eis que a força preceptiva deste advém de uma norma na qual vai haurir o caráter vinculante das partes envolvidas⁴.

Apesar do caráter objetivo que tal doutrina aporta ao tema, superando um enfoque subjetivo onde a vontade era considerada mais em razão do conteúdo do negócio do que como mola propulsora do mesmo⁵, nota-se nitidamente a noção clássica que vislumbra na autonomia da vontade um poder que sofre, apenas e tão somente, as limitações dos bons costumes e da ordem pública.

4. Na esteira destas teorias, ditas preceptivas, sobrevém a doutrina de L. FERRI que estabelece uma desvinculação dos modelados pela autonomia da vontade do enamento jurídico como um todo.

Para este autor devem ser estabelecidos núcleos diversos para o agir dos indivíduos. Assim, a autonomia da vontade expressa uma ausência de *poder* dos cidadãos, entendido este no uma situação preliminar à relação jurídica travada entre as partes⁶. Do poder, que é *præius*, podem surgir relações jurídicas cujo conteúdo será um feixe de *faculdades, que já são ações internas à relação*⁷, de cujo exercício dependem direitos que se tornam subjetivos dentro de certos requisitos. Neste contexto, a autonomia da vontade é o poder de criar normas que regulem certas e determinadas situações previamente circundadas pela lei, dentro da circunscrição que é insita a toda a instância de poder. Estas normas sujeitam-se, eventualmente, ao veto do ordenamento jurídico que circunda o elemento⁸. A intervenção estatal funciona tão somente como fonte de distribuição de competência. Do mesmo modo não separa para lei complementar tal ou qual matéria e para lei ordinária outra, assim também são separadas matérias para a autonomia privada que se manifesta no negócio jurídico.

A senda é mais profunda porque as limitações estatais são de cunho exclusivamente negativo, no sentido de retirarem da autonomia as particulares as competências. Essas limitações não atuam como determinadora de fins para a aplicação da liberdade contratual (o que seria a mesma coisa que suprimir a liberdade). Por isto FERRI afasta a possibilidade do Estado apontar um norte para o exercício do poder. Para ele, o poder da autonomia é um poder sem função, sem limites positivos⁹.

Com isto, instaura-se um círculo de liberdade negativa onde certas atitudes podem ser feitas livres de constrangimento externo¹⁰. Assim, isto acaba reproduzindo a posição que inspirou o tratamento do direito privado vindo na Revolução Francesa e contida

exemplarmente no Code Napoléon. O papel da legislação editada pelo Estado é o de *laissez faire, laissez passer*, só podendo fixar os limites a partir dos quais ela própria não mais poderia ultrapassar¹¹.

5. Esta concepção evidencia a autonomia da vontade como uma fonte de direito, ainda que derivada¹². A partir dela, surgem certos modelos jurídicos que estabelecem verdadeiros princípios dentro do ordenamento. Os reflexos no ordenamento jurídico decorrentes da concepção clássica de autonomia da vontade encontram-se nas regras sobre (a) a liberdade contratual; (b) o efeito relativo dos contratos; (c) a interpretação e a execução dos contratos e (d) os limites estabelecidos para a autonomia.

6. A liberdade contratual, que para alguns autores como Pontes de Miranda seria prévia à autonomia privada¹³, parece ser decorrência desta. Isto porque aqui adoto a tese de que a autonomia da vontade era vetor ideológico de um tipo social e, portanto, tenho esta denominação como a mais abrangente. Por liberdade contratual denomina-se aquela especialização da regra geral através da qual as partes, ao quererem reger uma dada situação, socorrem-se do instrumento jurídico específico, o contrato.

Assim, a liberdade contratual pode ser decomposta em três momentos sucessivos, envolvendo as possibilidades de contratar ou não, escolher com quem contratar e determinar as cláusulas da contratação¹⁴. A ninguém poderia ser imposta uma contratação pois se é imanente à ordem jurídica a idéia de autonomia da vontade, sem que essa se expresse, impossível impor-se a contratação. Se o indivíduo é o titular do mais, que é recusar a contratação, evidentemente seria o titular do minus, escolher a outra parte. É que, se esta fosse imposta, podendo ele recusar a contratação por qualquer motivo, bastaria valer-se da primeira faculdade.

Porém, o apogeu da linha principiológica está na possibilidade de escolher o conteúdo (daí, quiçá, denominar, Ponte de Miranda, este

item de autonomia ou auto-regramento da vontade) com o qual passariam a ser regidas as relações bilaterais. Aqui expandia-se o interesse da sociedade individualista, pois deixando-se nas mãos dos indivíduos a determinação desta ou daquela forma de contratação, estimulava-se, ainda que indiretamente, os mais hábeis a conseguirem vantagem em detrimento dos mais inábeis, o que atende, com perfeição, as leis do mercado. Ocorre, e não custa desde já referir, que à habilidade sucedeu a força econômica, o que passou a incomodar os próprio defensores da principiologia liberal, começando, pelo abuso deste poder, a abertura de uma intromissão em benefício daqueles que, embora hábeis, fossem fracos.

7. A força vinculativa dos contratos, por sua vez, desdobrava-se também no célebre aforisma *pacta sunt servanda* e na vinculação do juiz às determinações contratuais. O primeiro encontra guarida nas Constituições sob o mando do ato jurídico perfeito. A regra que concede *santidade* aos contratos é decorrência da segurança jurídica que se demanda para o pacífico convívio social. Não por outra razão é tão exaltado no campo do direito internacional¹⁵. Aperfeiçoado o contrato, fruto que é do agir livre das partes, estas não podem mais contra ele se rebelar, exceto se algum vício macula a vontade. Aquele que é livre não pode, ao espontaneamente submeter-se a um pacto, deixar de respeitá-lo absolutamente. Note-se que esta concepção¹⁶ é só parcialmente abrangente da vontade pois ela imobiliza o querer no momento da feitura do contrato, ignorando que a maior parte da relação se desenvolve, ao menos nos contratos de trato sucessivo e os de trato continuado, após a emanção volitiva de ambas as partes. Assim, a menos que estas se ajustem, emanando outra vontade, estarão escravizadas a um momento que já passou.

É do dia-a-dia de quem lida com contratante ver que este segundo acordo é muito difícil, mormente se o interesse não é a extinção, mas a simples modificação. Ocorre que, mesmos

ambas as partes encontrando-se insatisfeitas com os termos contratuais, os pontos onde desejam provocar alterações não são coincidentes.

Por outro lado está o atrelamento do juiz ao contratado, e, às vezes, muito mais ao declarado do que ao que se quis. Este atrelamento tem reflexos no campo processual onde é decorrência da autonomia da vontade o princípio do dispositivo¹⁷, pelo qual as partes *dispõem* da matéria a ser apreciada pelo julgador, definindo na fase postulatória o que será o âmbito do contraditório. Na espécie contratual, esta definição já está como que pre-estabelecida na elaboração do contrato. Todas as soluções que não forem queridas já se encontram dele afastada expressamente ou não incorporadas. Se a vontade autônoma previu certas e determinadas condições, nada poderá o julgador, ainda que a instâncias de um dos interessados, fazer contra o contrato pois estaria a *negar vigência à lei das partes*¹⁸.

Os atos emanados da autonomia da vontade, portanto, são absolutamente vinculantes entre as partes e, quando estas divergirem, o julgador do litígio terá, como regra a ser aplicada no caso concreto, o que as partes determinaram autonomamente¹⁹.

8. A questão do reflexo da noção clássica de autonomia da vontade na interpretação e execução dos contratos, campo largo onde ocorreu a discussão referida entre as teorias da vontade ou da declaração, encontra expressiva manifestação na legislação de regência onde se diz expressamente que *nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem*²⁰.

Nota-se, ainda hoje, mesmo na doutrina mais moderna, a força da regra da vontade quando se examina a aplicação do princípio da boa-fé. Quando se busca o recurso à regra da boa-fé, mesmo em códigos onde ela se acha expressamente consagrada, como no caso francês²¹, querendo se estabelecer certos limites à formação do contrato, mormente no caso de cláusulas abusivas²², recusa-se tal entendimento

as regras citadas só diriam respeito à interação e não à formação²³. Ora, se a ratação, por ocasião de sua elaboração já estiver ao abrigo da boa fé, como pretá-la desta forma sem que se violente a ade inicial, no caso, isenta da boa fé? A de raciocínio, ao afastar regras de condutória (que são o conteúdo objetivo a formação, em verdade homenageia a autonomia da vontade e impede, a bem de dar-se naticidade ao mesmo negócio, que a intetação se afaste da violação, logo, até mesorrendo-se o risco de atentar contra a boa

Por fim, um último reflexo residiria nos es concedidos à autonomia da vontade. A tradicional evidentemente que teria que r sobre a teoria dos vícios de consentim- is que apenas o consentimento viciado ria invalidar a proposta feita e aceita. Asprospera a teoria dos vícios da vontade e se de institutos totalmente alheios a eles o sendo um atentado à sanidade da vontatarada. É o que ocorre com o instituto da enorme. De feição tipicamente objetiva, undo que fosse *ultra dimidium*, o Código l Napoleônico a inclui no rol dos vícios onsentimento e a limita ao extremo. A lenorme foi tratada e afastada de numeroordenamentos, inclusive do nacional, como nação da autonomia da vontade cujo imo não podia conceber que, ao depois, um ocio fosse desfeito porque uma das partes rejudicada em um *quantum* maior que o ável.

Embém outras causas de nulidade ou de são de negócios jurídicos foram afastadas incompatíveis com o dogma da vontade. e estas pode-se exemplificar com a quebra se do negócio jurídico. Isto para não se da relutância que os ordenamentos jurís tiveram, e tem, em aceitar, até mesmo, a ia da imprevisão.

Restaram como causas invalidantes dos atos licos apenas aquelas que incidiam direta te na vontade manifestada. Se a volição

mantinha-se perfeita, nada mais havia para tergiversar sobre o ato, bastava cumpri-lo. Afastam-se, justamente, o que aqui são consideradas como causas revisoras dos contratos.

Outros limites classicamente impostos eram as restrições que advinham dos bons costumes e da ordem pública. Estes dois elementos foram os únicos que permearam a doutrina clássica da autonomia da vontade mitigando certos excessos²⁴. Mesmo assim, o caráter protéico dos termos implicou em uma utilização bastante tímida até que a cidadela da vontade começasse a ser, paulatinamente, minada. O assédio começou, justamente, através da maleabilidade das noções de bons costumes e de ordem pública, mas a partir de uma mudança da mentalidade jurídica da época.

B) Visão moderna

10. As modificações na sociedade acabam por refletir, necessariamente, nas figuras jurídicas que dão seus contornos, de modo que as crises sociais que afetaram o capitalismo desde o seu surgimento foram, pouco a pouco, influenciando os modelos jurídicos criados²⁵. A massificação da sociedade com a conseqüente necessidade de um maior intervencionismo estatal rompe a separação absoluta entre Sociedade e Estado, o que implica numa visão diferente da autonomia da vontade. Afasta-se a idéia da vontade individual vista como um poder não adjetivado²⁶.

Apesar destas alterações, não se pode descurar da autonomia da vontade como um dos pilares do ordenamento privado, como foco emanador de auto-regramentos, que valorizam o indivíduo inserido na comunidade. É que os institutos jurídicos são moldados historicamente e cumprem uma função condicionada ao substrato das normas que os traduzem. A modificação do substrato, porém, antecede à alteração da norma e desloca a função que a mesma desempenha, ainda que formalmente aquela permaneça idêntica²⁷.

Portanto, não há porque desfazer-se do conceito de autonomia, senão que adaptá-lo a

modificações no substrato. Isso é possível na medida em que se deixa de encarar o ordenamento jurídico como um fim em si mesmo, como uma auto-limitação do poder estatal para atribuir-lhe um caráter instrumental, servindo para a *implementação de políticas*²⁸.

11. Dentro deste enfoque é possível conceber uma atribuição teleológica ao poder contido na autonomia da vontade. Certo que não se trataria de mera faculdade porque esta é um *minus* comparada com as relações oriundas do exercício da autonomia pelos indivíduos. O que a realidade parece impor é um esquema muito semelhante ao que ocorreu com a propriedade. Também o domínio viu mitigado os seus elementos tradicionais (uso, gozo, fruição), porque se lhe agregou uma carga a mais, a saber, a sua função social. Não foi outra coisa que ocorreu com a autonomia da vontade. De um poder puro passou a ser adjetivada como poder-função.

A moderna noção de autonomia da vontade implica que se a veja como um poder-função, ou seja, deixe 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 objetivos coletivos que extrapolam o individual.

Portanto, a moderna noção de autonomia privada se insere dentro de um quadro onde os fins condicionam os meios e supera a mera noção de poder individual para que se dê lugar a uma visão de poder-função, voltada para uma sociedade massificada, onde o indivíduo perde como tal mas ganha como membro da comunidade. Trata-se, na realidade, de uma mitigação da dicotomia público-privado, desvinculando-se cada vez mais a solução dos problemas do domínio do dogma da vontade e aprendendo-se a tratá-los como conflitos de valores entre a tutela do indivíduo e a proteção do tráfego jurídico²⁹. Naturalmente aqueles quatro refle-

xos supra tratados terão sua compreensão modificada.

12. No que tange à liberdade contratual já se mencionou uma série de circunstâncias que vieram, pouco a pouco, dando novos contornos à autonomia. A visão tradicional, ao identificar a liberdade contratual como um princípio da sociedade livre, via nas restrições impostas à liberdade contratual uma invasão na esfera dos direitos individuais. No momento em que se consideram efeitos econômicos sobre o direito, na linha da *economic analysis of law*, o balanço entre custo e benefício começou a apontar para um custo social mais elevado que os respectivos benefícios³⁰, o que fez com que se passasse a uma estruturação na ordem econômica. Dadas as vinculações entre as regras da economia e as que expressam os direitos e garantias fundamentais, a mudança daquelas estava, inevitavelmente, conectada com a alteração destas.

Não mais se acha contrário ao direito individual de liberdade o fato de impor-se a contratação ou de determinar-se o co-contratante. É que, em ambas as hipóteses, as normas constitucionais que visam garantir a igualdade dos cidadãos e a livre iniciativa como valor social passam a ter incidência imediata. Trata-se do que a doutrina constitucional alemã denomina de *Drittwirkung*, o efeito constitucional perante terceiros³¹. Aqueles que exercem atividades de interesse comunitário (por exemplo, o proprietário de um hotel), não pode deixar de contratar com quem o procure sem que para tanto haja um motivo significativo.

Apenas este tipo de *intromissão* no que era o amplo campo da autonomia privada pode ser eficiente para minorar os abusos e as pré-contratações feitas por vendas de máquinas, por contratos de adesão, por condições gerais de negócios etc.

13. Outra questão diz com a vinculação dos poderes do juiz no exame dos contratos, o que implica em falar-se no efeito vinculante do

no perante às partes. É que passa a se contrair ao magistrado um campo de revisão muito maior do que o que possuía antes. Constatam-se causas que atingem o contrato não apenas os vícios da vontade mas também outras circunstâncias que acabam por modificar expectativas que os contratantes depositam no pacto. Talvez aqui resida o ponto mais importante para este trabalho.

A doutrina clássica não aceitava que as inovações internas fossem consideradas como fatos que influenciassem o desenvolvimento da relação contratual. A nova visão contratual permeada pelo princípio da boa-fé, o qual em relevo a motivação, na verdade apenas seu aspecto objetivo. É que o comportamento segundo a boa-fé importa em criar expectativas que são legítimas no desenrolar das relações jurídicas. Por isso preleciona Clóvis do Couto e Silva: *A medida da intensidade dos deveres secundários, ou anexos, é dada pelo conteúdo do negócio jurídico. Mas, tal finalidade, no tocante à aplicação do princípio da boa-fé, não é o fim da atribuição, de que normalmente se trata na teoria da causa. Por certo, é necessário que essa finalidade seja perceptível à outra parte.*

*Se cuida, aí, de motivo, de algo psicológico, de um plus que o integra o fim da atribuição e está com ele intimamente relacionado*³². A inovação se encontra no moderno Código de Defesa do Consumidor que estabelece a proteção dos interesses legítimos³³. Portanto, para adequar os pactos a estas expectativas legítimas é que começam a ser aceitas as situações que superam a teoria da imprevisão, como caso das cláusulas abusivas, da lesão enorme e da quebra da base do negócio jurídico, agora têm tratamento legislativo³⁴.

Partindo-se das noções até aqui expostas, trata-se com Mario Bessone, quando afirma a intervenção judicial nos contratos é cada vez mais acentuada e as assertivas acerca da autonomia ser exclusivamente atinente aos interesses privados tornou-se uma *fórmula ritual*

14. A interpretação e a execução dos contratos, por sua vez, também insere-se no plano supra exposto. Não mais se parte, como axioma hermenêutico, da igualdade das partes, senão que se investe o Judiciário de certos poderes. Analisando uma série de decisões da Suprema Corte, em nota na Harvard Law Review, afirma-se que a tendência do constitucionalismo americano é no sentido mais intervencionista do que de preservação do livre mercado³⁶.

Note-se um desenvolvimento jurisprudencial no sentido de direcionar a interpretação para o re-equilíbrio das prestações, atendendo verdadeiramente ao que as partes querem, e não mais imobilizando uma vontade que está distante da realidade. Este o caminho que a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem desenvolvido no Brasil. As decisões que versaram a problemática dos sucessivos Planos Econômicos que objetivavam a estabilização econômica do País foram no sentido de alterar os contratos já estabelecidos, aplicando leis posteriores à sua formação e indo contra os exemplares mais tradicionais da jurisprudência³⁷.

15. Os reflexos que mais se fazem notar, porém, dizem respeito aos limites estabelecidos à autonomia da vontade. É que os verdadeiros limites passam a dizer com a realização da utilidade e da justiça do próprio contrato. Assim, passam a ser critérios limitadores da expansão contratual o seu desenvolvimento útil e justo. Dentro do esquema que se vem de expor, não poderiam ser outras as limitações.

O essencial no contrato não é a manutenção absoluta da vontade inicial, mas a conformidade com a justiça comutativa, atendendo-se à satisfação das necessidades dos contratantes. Retoma-se a noção aristotélica entre justiça distributiva e comutativa. A comutatividade contratual importa em ver as partes em um equilíbrio, tornando o pacto algo útil, adotando este como norte objetivado pelo contrato. Por outro lado, a justiça, também no sentido

comutativo, passa a ser o elemento protetor nas relações contratuais, quer dizer, o elemento que limita excessos prejudiciais às partes e prejudica a *otimização* do contrato, dando-lhes o sentido da utilidade.

Dentro deste espírito, J. Ghestin dedica-se a uma análise mais concreta do contrato sob a ótica da utilidade e da justiça de um instrumento de trocas sancionado pelo direito objetivo³⁸. Só com uma visão destas é possível enfrentarem-se as mudanças sociais que inevitavelmente têm atingido o contrato. Com isto não se está desmerecendo a liberdade individual, mas colocando-a no âmbito onde poderá estar perfeitamente adequada à verdadeira intenção das partes que, inspirada pela boa-fé, não pode ser outra que a de realizar contratações justas e úteis.

Como visto, a flexibilização dos reflexos da autonomia da vontade enseja uma nova visão do regime contratual no qual desponta o CDC. De todas as modificações, centra-se o exame no que diz respeito à revisão dos contratos pelo juiz³⁹.

III - Causas de revisão concomitantes à formação do contrato

A) Cláusulas abusivas

16. O CDC adotou regulamentação expressa no sentido de banir dos contratos cláusulas que, resultando da prevalência de uma das partes sobre a outra, acarretem um prejuízo a esta.

A norma do art. 51 encontra seu fundamento na incidência do princípio da boa-fé que ele acolhe, na forma da cláusula geral, no seu inciso IV.

Não se pense que há inovação da lei criando o princípio da boa-fé no direito brasileiro. A lei simplesmente expressou o que era regra imanente dos institutos jurídicos. Nesta clarificação produzida pela legislação de consumo, vê-se, igualmente, o fundamento das cláusulas abusivas. Basta que se trilhe o seguinte raciocínio para verificar a correção da afirmativa. A

lista expressa do Código de Defesa do Consumidor é exemplificativa. Há, portanto, um outro *ponto de referência* para que se possam encaixar no rol cláusulas diversas das mencionadas. Dentre as cláusulas exemplificativas insere-se uma, de natureza geral, que poderia ou deveria vir anteposta à lista. Esta cláusula geral, por si só, serviria como gênero no qual cabem as regras dos demais incisos, eis que não passam de especificações de agires contrários à boa-fé ou à equidade. Se o parâmetro para completar-se o rol é a cláusula geral da boa-fé na sistemática legislada, ou o princípio da boa-fé nas relações extra-consumo, tem-se que aqui reside o verdadeiro fundamento do repúdio, pelo ordenamento jurídico, às cláusulas tidas como abusivas: ofendem, elas, a regra principiológica da boa-fé⁴⁰.

Anunciado tão largamente o princípio, é mister que se faça uma menção à natureza da boa-fé, que não pode ser entendida como a intenção subjetiva dos envolvidos, pena de perder-se nos meandros insondáveis dos bons ou maus agires dos sujeitos, mas deve se ater a critérios objetivos.

A noção subjetiva de boa-fé está presente em vários institutos jurídicos expressamente acolhidos no Código Civil. Aparece, por exemplo, no direito das coisas, regulando a natureza e a eficácia da posse, ou influenciando na aquisição da propriedade⁴¹; no direito das obrigações quanto à validade da extinção pelo pagamento ou na validade de certos contratos e, também, no direito de família⁴².

Já a regra da boa-fé objetiva implica numa série de efeitos que podem ser esquematicamente resumidos (a) no controle corretivo do Direito estrito; (b) no enriquecimento do conteúdo da relação obrigacional e (c) na negação em face do postulado pela outra parte. Todos estes efeitos se produzem a partir de critérios objetivos e não baseados na subjetividade do intérprete e do aplicador da lei. Com a objetividade do princípio busca-se afirmar valores éticos, sociais, econômicos que vão preencher o conteúdo da cláusula geral da boa-

que são apanhados pelo aplicador/intérprete no que pode ser constatado na sociedade. Busca-se o conteúdo nos costumes do tráfico jurídico, ou no critério do homem médio (*ignis pater familias*), ou na diligência razoável dentro de uma dada sociedade.

Ao falar-se em boa-fé objetiva pensa-se nela como um *standard* jurídico apreensível no contexto em que a conduta examinada se dá⁴³. Em isto, ao mesmo tempo que se possibilita a mobilidade ao que lida com a cláusula, impõem-se limites que submetem a atividade a um controle externo, fugindo-se do subjetivismo tanto do que age (o que muitas vezes é quase impossível de apreender-se) quanto do que julga o agir⁴⁴.

Dentre os efeitos supra mencionados, interessa, no caso das cláusulas abusivas, ver a eficácia negativa da incidência da boa-fé, ou seja, a imposição de limites. As várias modalidades de limitações possíveis fundam-se na proibição genérica de abuso de uma posição jurídica. Sendo de boa-fé, um contratante não pode abusar de uma determinada situação fática e colocá-la em superioridade manifesta perante o outro contratante. É este fenômeno que as cláusulas abusivas tentam reprimir quando vedam certas práticas impositivas de renúncia de garantia ou de foro privilegiado, por exemplo. Estas cláusulas não existiriam ou não seriam aceitas caso houvesse entre as partes a clássica figura das tratativas e a sonhada igualdade entre os envolvidos no negócio jurídico. Como esses ideais são rarefeitos, em muitas circunstâncias acabam, os que estão em posição privilegiada, excedendo a vantagem que as regras de mercado naturalmente lhes dão, trocando o que deve ser, segundo a boa-fé, um bom negócio, para um negócio extremamente vantajoso.

Por todos estes motivos, o princípio da boa-fé parece ser o porto seguro onde atraca a incerteza da incidência do repúdio às cláusulas abusivas.

17. A consequência da presença de cláusulas desta natureza num contrato importa em nulidade de pleno direito, segundo a dicção

legal. O sistema de invalidade no direito civil comum é duplice. Tratam os autores das nulidades absolutas e das relativas, cuja diferença seria o grau de intensidade do defeito que macula o ato. Esta terminologia é criticada por Pontes de Miranda para quem o caráter relativo ou absoluto do ato diz com a eficácia dizendo que o Código versa a figura da nulidade e da anulabilidade. Aquela é sempre *ipso jure*, sem necessidade de ação judicial, enquanto esta depende sempre da manifestação judicial⁴⁵. Nelson Nery Jr., por sua vez, diz que o CDC promoveu modificação no esquema das nulidades transformando a nulidade de pleno direito (que prescindiria de decretação judicial) em nulidade absoluta (diferente da relativa ou anulabilidade, mas carecendo de manifestação judicial)⁴⁶.

Pontes de Miranda, esclarece que, muito embora a nulidade (que sempre é de pleno direito) não produza efeitos e prescindida de decretação judicial, as pessoas e até mesmo o Estado *atribuem efeitos a atos jurídicos nulos*, ocorrendo, de igual modo, que a lei exija, em caráter excepcional, certa forma de arguição de nulidade, como nos exemplos que cita sobre a nulidade de casamento e a nulidade de hipoteca⁴⁷.

O sistema do CDC não tornou obrigatório o controle prévio, pelo Ministério Público, das cláusulas gerais dos contratos, visto que o dispositivo legal que previa este mecanismo foi objeto de veto presidencial. Apesar disto, remanescem instrumentos para apurar a abusividade das cláusulas fora do âmbito judicial, seja através das providências fiscalizadoras da Administração Pública, seja através da instauração, pelo Ministério Público, de inquérito civil, preparatório da ação civil pública⁴⁸. Estas medidas constatarão nulidades que autorizarão a negativa de efeitos por parte dos interessados, o que só é possível graças ao caráter de pleno direito da nulidade. Com isto quer-se dizer que a figura constante é a do vício de nulidade que é, via de regra, *ipso jure*, tanto assim que o próprio Código de Defesa do Con-

sumidor previu meios extra-judiciais de constatação do defeito.

18. Assim, a regra do direito civil quanto às nulidades é a oriunda da máxima *utile per inutile non vitiatur*, fazendo com que a *separabilidade* de parte do conteúdo do negócio permita a realização do restante, ou a sua conversão⁴⁹. Mantém-se hígido o contrato em tudo aquilo que restar, retirada a cláusula abusiva. A tese de que haveria a possibilidade de aproveitamento da cláusula abusiva esbarra no fato desta sanção ser característica da anulabilidade. O sistema do CDC não é diferente.

Constatada a abusividade, impõe-se ao juiz que o decrete, o que independe de provocação das partes eis que pode realizar de ofício, dado o seu cunho de ordem pública. Ainda mais, este decreto é insuscetível de prescrição.

Retirada a cláusula que se enquadrar como abusiva, remanescerá uma lacuna no negócio jurídico, haja vista não estar contagiado pelo vício. Esta constatação leva ao segundo tópico, a saber, a revisão que se procederá no contrato. Porém, deve-se ressaltar que a retirada do objeto da nulidade não é a única consequência que se produzirá. Dizer-se que o nulo não produz efeitos significa dizer que o que se objetivava com a cláusula abusiva, por ter sido esta nulificada, não ocorrerá, mas nada impede que outros efeitos (não queridos) surjam, como a responsabilidade de quem deu causa à nulidade, por exemplo. São chamados efeitos do fato da nulidade, como afirma Serpa Lopes ... *o Direito tomará em consideração o fato em si mesmo*⁵⁰.

19. Para que se entenda o aqui exposto, deve-se considerar que o fato de retirar-se de um contrato uma cláusula abusiva isolada já significa modificá-lo⁵¹. Portanto, ao realizar o confronto da cláusula com a boa-fé, constatando-a malferidora deste princípio, o juiz estará diante de uma parte nula do negócio, devendo expurgá-la. Criada a lacuna, surge o trabalho de desenvolvimento judicial, a fim de colmatá-la.

A regra do não contágio da totalidade do negócio pela parte nula indica que o esforço a ser desenvolvido pela atividade judicial é para a manutenção do pacto, regendo-se pelo princípio da conservação do contrato. Fica-se, assim, no meio termo do negócio original e do negócio nulo. 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 primeiro, 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 onerosa⁵².

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 interdito a manifestação da vontade de uma única 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 e esta a forma de revisar o contrato atingido pela supressão de cláusulas abusivas. O juiz deverá integrá-lo, suprindo 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.

20. Conforme afirma E. Betti⁵³, a interpretação fixa e reconstrói o conteúdo do contrato. Ou seja, através dela pode-se construir o pacto para saber de sua abrangência e de seus fins. Especialmente estes.

Antiga é a discussão sobre o que deve buscar-se ao que deve se ater a interpretação. Fundamentalmente, as duas teorias que versaram sobre o tema foram a *Willenstheorie* (teoria da vontade) e a *Erklärungstheorie* (teoria da declaração)⁵⁴. Betti filia-se à última quando diz que a regra jogaria a interpretação num subjetivismo gerado, só sendo válida naquelas circunstâncias onde não há recepção da outra parte, tudo resume-se à vontade do emitente (se o caso dos negócios *mortis causa*). Já nos negócios *inter vivos*, deve-se buscar o *ponto de vacância hermenêutica*, aquilo que, em cada contrato, pode ser tido, objetivamente, como conteúdo esperado ou que devia ser espera-

Dentro de um contexto objetivo, K. Larenz admite que se busque a chamada vontade hipotética das partes⁵⁵ como sendo aquela (a) normalmente aceita ou (b) normalmente esperada dentro da teologia contratual.

Tem-se que a interpretação destina-se a definir a estrutura do contrato através da sua construção objetiva, tomando como parâmetro o chamado *ponto de relevância hermenêutica*. Neste contexto, para descobrir o ponto, há várias técnicas.

Pode-se falar (a) em interpretação psicológica ou técnica, reproduzindo-se a dicotomia *Willenstheorie/Erklärungstheorie*, sendo a psicológica a que busca a *mens* dos contratantes e técnica a que se atém à declaração. (b) Há a interpretação individual e outra típica. A primeira examina caso a caso os contratos, adaptando-se ao individualismo de cada um, enquanto esta tem como fonte uma tipicidade fixa, geralmente encontrável em normas positivas nas quais vai se socorrer o intérprete sempre que carece de interpretar certo texto. Finalmente, fala-se em (c) interpretação cognitiva e integrativa (ou integradora). A primeira cinge-se a reconhecer o que as partes atuaram. A segunda importa em preencher as lacunas que as partes não preencheram ou que giram, como no caso das cláusulas abusivas. Há uma grande diferença entre a integrativa e a téc-

nica é que esta indaga e labora sobre o que está dito pelas partes enquanto aquela viceja onde nada foi dito.

Para aplicar-se a teoria sobre a interpretação integrativa no caso em exame, entra em ação, novamente, o princípio da boa-fé. E que uma das implicações da boa-fé é enriquecer o conteúdo das relações. A interpretação vai atuar neste campo, concretizando uma aplicação da boa-fé *secundum legem*, dentro da modalidade de interpretação integradora. A ausência de disposição contratual ocorre porque a boa-fé retirou a cláusula tida como abusiva. Agora, o princípio da boa-fé, como norma de conduta objetiva, deve preencher a lacuna que a sua incidência mesma abriu. Este ponto não se vincula à vontade das partes mas trata do que, objetivamente, pode-se intuir como legitimamente esperado e oriundo de um pacto como o analisado.

O papel revisor do juiz, no caso das cláusulas abusivas, deve valorizar a manutenção do contrato com base no critério objetivo da finalidade do pacto. É assim que ocorre a revisão sempre que determinada cláusula, afrontando a regra da boa-fé objetiva nos contratos, for considerada abusiva.

B) Lesão enorme

21. Outra causa que enseja a atuação revisora é a lesão enorme. Também esta é concomitante à formação do contrato. Aqui, a ausência de regras explícitas como as contidas nos incisos do art. 51 do CDC sobre cláusulas abusivas, dificulta a investigação da sua existência.

Ocorre que o instituto da lesão enorme desenvolveu-se, com o passar do tempo, no sentido de abandonar-se uma concepção puramente quantitativa, para englobar aspectos que consideram o comportamento do agente da lesão e da vítima.

Assim é que ordenações modernas evocam a lesão sempre que houver uma desproporção entre a prestação contratual e a contraprestação. Essa desproporção ora é quantificada⁵⁶, ora é

estabelecida em uma cláusula aberta⁵⁷. Porém, agregam a esta desproporção (que é o elemento objetivo do instituto) a análise do agir da vítima que deve ser levada a contratar com a cláusula lesiva por encontrar-se em *estado de necessidade, de inexperiência, dependência, ou fraqueza de caráter* (linguagem do Código Português) ou, como prefere o *Codice*, por encontrar-se em um *stato di bisogno*. De outra banda, o agente usurário deve explorar esta situação, seja porque a conhecia e não advertiu, seja porque se valeu de um *dolo de aproveitamento*.

A figura da lesão enorme representa uma tentativa de coibir a exploração de uma posição vantajosa tendente à obtenção duma vantagem excessiva. Através dela, protege-se a parte hipossuficiente. Vê-se que a principiologia não destoa da que orienta o CDC, ao contrário, vai ao encontro da mesma⁵⁸.

22. Tem-se afirmado que o novo diploma dos consumidores se embasa sobre dois grandes princípios. O do equilíbrio entre as partes contratantes e o da boa fé⁵⁹. Note-se que o equilíbrio de quem contrata não significa a igualdade, senão que bem demonstra uma instabilidade que precisa ser mantida no ponto equânime, eis que alguém ou alguma coisa se equilibra para não cair.

Na espécie, asseguram este equilíbrio alguns dispositivos entre os quais a proibição através do rol das chamadas cláusulas abusivas⁶⁰. Nesta lista, inclui-se a que veda a criação de obrigações que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada (art. 51, IV).

Este enfoque, que é seguida e frequentemente dado aos contratos de adesão, ganha hoje uma dimensão maior. Fala-se que a um dirigismo contratual se anexaria um *dirigismo de proteção* que se estenderia a todos os contratos onde uma desigualdade manifesta acarretasse um obstáculo à verdadeira negociação⁶¹.

Ora, todas estas idéias de proteção ao mais fraco (ainda que este conceito não tenha um caráter genérico mas seja apurado casuisticamente) e de repressão à exploração, verificáveis pela desproporção do preço, traduzem o que se insere nos fundamentos hodiernos da lesão. E se os antigos a tinham

como manifestação da moral na ordem jurídica, o paulatino distanciar das duas ordens de valores objetivou mais o campo jurídico, mas manteve intactos os valores que de certa forma coincidem com a moral.

Há uma certa dificuldade em, à primeira vista, perceber no CDC o acolhimento da *laesio*. É que, como tal norma veio imiscuída com outras tantas e aliou-se, especificamente no mesmo inciso, com o princípio da boa-fé, os autores não têm vislumbrado ali a lesão⁶². Mas a presença é detectável se confrontados os elementos que se quer presentes para a conceituação, quando se analisam os incisos do parágrafo 1º do artigo referido, onde se delimita o que é vantagem exagerada.

Ali estão postas, como tais, as que ofendem os princípios gerais do ordenamento jurídico. Vê-se aqui uma aproximação com a nulidade por violação aos bons costumes do BGB. A nota característica do instituto no direito alemão é a de apontar-se para uma situação de minoração de disponibilidade do sujeito ante o negócio. Está-se minorado não no querer, mas pode-se afirmar que a inferioridade diz com as condições negociais. Tanto que na casuística da aplicação do BGB considera-se a possibilidade de monopólio explorador do preço como contrário aos bons costumes. Também constam as que restringem os direitos ou obrigações fundamentais dos contratos e as que se mostrem excessivamente onerosas para o consumidor.

Note-se, esta última não trata o instituto de *excessiva onerosità* do direito italiano pois se considera uma verdadeira desproporção momentânea à formação do contrato, como ocorre na clássica figura da lesão, especialmente porque mencionado, no texto do CDC, a consideração às circunstâncias peculiares do caso.

23. Derradeira questão a ser enfrentada é a da extensão da aplicabilidade do defeito, bem como os remédios que se propõem aos lesados.

A legislação francesa limitou, no âmbito do Código Civil, a incidência da lesão nos casos de venda de imóveis. Influência do Primeiro Cônsul ou homenagem à tradição da lei se-

nda, teve-se uma restrição em relação aos usos do direito medieval, bem mais abrangente, inclusive, quanto aos legitimados para a invocação do vício. Os códigos filhos do liberalismo seguiram pela mesma senda. Já legislações mais recentes voltaram a dar a sticidade a outros contratos, mas não avançaram quanto aos sujeitos passivos.

Veja-se, porém, que mesmo na França, com imitações inerentes àquele sistema, há quem fenda a incidência do instituto até mesmo nos contratos aleatórios. O espanto que pode causar este entendimento reside em que a não sempre visou manter o equilíbrio das prestações contratuais e este equilíbrio só pode vislumbrado em contratos comutativos, que são o pólo oposto dos aleatórios. O cerne do desenvolvimento (que contraria a doutrina da majoritária) reside em que o contrato atório deve ser para ambos os lados. Segundo Deprez⁶³, conclui-se que não se pode fazer soar a idéia de aleatoriedade quando há uma teza acerca da álea que conduzirá inevitavelmente para um lado. Ou seja, quando o caráter aleatório mascare uma certeza de caráter lesivo.

24. Para superar o negócio lesivo ou usurário têm sido adotados alguns mecanismos específicos. Variam eles entre a rescisão do contrato por invalidade absoluta (nulidade), e o possível aproveitamento por ser passível uma anulabilidade convalidável. Apesar desta disparidade, o que parece estar ocorrendo é outorgar-se ao lesado a possibilidade de desfazer o negócio ou vê-lo emendado pela implementação do justo preço.

Na Alemanha, o BGB fala em nulidade por contrário aos bons costumes, mas o art. 139, onde se segue ao que prevê a lesão qualificada, admite que tal nulidade seja relativa, caso se rifique que o negócio seria realizado sem a parte nula, e procede-se à chamada redução do negócio.

Em Portugal, abrem-se as duas possibilidades, porém, a preferência recai sobre a conservação do negócio usurário na medida em queixa ao lesado escolher entre a rescisão e a revisão, mas dá azo a que o autor da lesão opte,

em sede de resposta, por implementar o preço.

Não é outro o sistema adotado pelo reformado art. 954 do diploma argentino que autoriza que a vítima escolha entre a anulação ou a modificação. Optando por aquela, o autor do prejuízo poderá escolher a modificação, não sendo a recíproca verdadeira, quer dizer, caso a opção seja pela modificação não poderá optar pela anulação.

No Brasil, face ao diploma dos consumidores, sustenta-se a possibilidade de revisão por incidência do art. 6º, V, que refere a revisão de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais⁶⁴, o que não é outra coisa senão a figura da lesão. Há quem diga que tal norma pertine apenas à onerosidade excessiva eis que no texto consta a expressão *atos supervenientes*. Em verdade, o dispositivo referido contém duas regras de revisão. A primeira, quanto a prestações desproporcionais; a segunda, quanto a fatos supervenientes. Logo, o remédio adequado, no direito brasileiro de consumidores, é o da revisibilidade (ou modificação, na dicção legal).

A integração, a título da revisão, se dará em moldes semelhantes ao aplicável na hipótese de cláusula abusiva. Importante é ver-se que o instituto da lesão pode ser causa autônoma de revisão tanto em contratos de consumo, quanto em contratos civis e comerciais que não digam respeito a relações de consumo propriamente ditas.

IV - Causas de revisão superveniente à contratação

A) A teoria da imprevisão

25. Outras situações há que criam alterações na relação contratual, mas estas, à diferença das duas anteriores, não estão presentes no momento da formação do vínculo contratual senão que surgem em momento posterior, tendo em comum, ainda, o fato de não submeterem a itens de previsão no contrato. Por estas semelhanças entre si, e disparidades com as causas concomitantes à

prestação por eventos futuros. Não se faz a exigência da imprevisibilidade do evento futuro. Isto aproxima a dicção legal mais da base do que da imprevisão, eis que amputado o elemento diferenciador entre as duas figuras, em favor daquela.

28. A doutrina é unânime em reconhecer que a origem da teoria da base negocial é no direito inglês, sendo uma constante a referência aos *coronation cases*. Porém, o desenvolvimento das obras acerca do tema segue o rumo da doutrina alemã, que o versou com mais profundidade dogmática que o direito anglo-saxão, não obstante a paternidade reconhecida deste.

A posição aqui adotada é no sentido de considerar-se a base objetiva do negócio. Entre as várias teorias que trataram o tema, nos dois sistemas referidos, houve as que propugnaram um enfoque subjetivo puro, outras um caráter misto com o objetivo, ou, ainda, as que tentavam unificar ambas as visões⁶⁹.

Não se pode considerar, no direito brasileiro, a visão subjetiva da base porque esta encontra tratamento legal diverso (considerando os moldes em que K. Larenz a versou) eis que consiste no chamado erro sobre motivo e na garantia dos vícios ocultos. Por tal razão, afirmava Clóvis Veríssimo do Couto e Silva: *Face ao nosso Código, tudo que não for condição, ou causa (causa típica) será motivo e, salvo se preencher os requisitos do aludido art. 90, nenhuma relevância terá sobre a eficácia do ato (...). É preciso salientar que essa digressão se refere somente à teoria da base subjetiva do negócio jurídico e não à base objetiva, notadamente ao princípio da equivalência*⁷⁰.

Já a base objetiva liga-se ao desaparecimento do fim essencial do contrato ou à destruição da relação de equivalência. Estas diferenças vão se refletir tanto nas condições para a aplicação, quanto nos efeitos. A interpretação, à luz da boa-fé, será o elemento essencial para a superação do impasse criado pela superveniência e o rastreador dos elementos componentes da base.

A adoção desta teoria pelo dispositivo citado do CDC enseja (a) uma visão que

desconsidere subjetivismos nos fatos ensejadores da revisão; (b) uma abrangência para situações onde houve a onerosidade excessiva ou, ainda que não onerosa, a perda da utilidade do pactuado e (c) permite que se faça um balanço casuístico, mas dentro de regras fixas (escapando-se de qualquer arbítrio judicial que extrapole a discricionariedade inerente ao tema), dos riscos inerentes a cada contrato e a cada situação concreta⁷¹. Ademais (d) não se exige um fato de caráter genérico, senão que se debruça sobre fatos pertinentes a um ou alguns contratos.

Afora os elementos que foram sinalados como diferenciadores da teoria da imprevisão e a da base, também para que esta se configure há de (a) tratar-se de um contrato de execução continuada ou diferida; (b) colocar-se o dano fora da álea normal do contrato e (c) a inexistência de culpa ou mora do que alega a quebra da base.

29. A revisão se dará, buscando o julgador o restabelecimento daquilo que é o padrão moderno da autonomia da vontade ou seja, o restabelecimento da justiça e da utilidade do pacto, através da recomposição da economia contratual, buscando manter, sempre o chamado sinalagma funcional do contrato (ou seja, o equilíbrio que deve ser mantido no curso da execução) que, por vezes, se afasta do sinalagma genético do mesmo⁷².

Notas

1 Convencido de que os princípios e regras acolhidos no CDC prenunciam o caminho que tomará o direito civil comum, inspirando as normas acerca das relações que extrapolem o microsistema das relações de consumo, desenvolvi minha dissertação de mestrado, que se encontra no prelo, analisando as causas de revisão no direito civil comum, à luz das disposições acerca do tema no CDC. No mesmo sentido do texto, afirma Aguiar Jr., Ruy Rosado de, *Aspectos do Código de Defesa do Consumidor in AJURIS 52/167*, que o CDC, *introduziu conceitos novos, que servirão de parâmetro para outros institutos jurídicos do Direito das Obrigações (...)*.

2 No parágrafo primeiro mencionei também uma modificação no conceito de obrigação. Esta é uma premissa básica mas que me parece vinculada, mais diretamente, à

bilidade das causas de revisão no seio do direito civil m. No direito dos consumidores vê-se uma atuação do papel desenvolvido pelo direito comercial, encarregado da circulação das riquezas ainda para tanto valendo-se de conceitos relativos ao ramo obrigações. No direito civil das codificações do século 19 e início deste, o regramento das obrigações estava intimamente ligado à uma forma de aquisição da propriedade pela qual, sem a modificação do conceito de obrigação, impossível adotar-se modelos jurídicos que vem não ver mais na obrigação o resguardo do que se desfazia da propriedade, mas uma relação causal onde ambas as partes envolvidas têm direitos e as pois entre elas não há supremacia de uma sobre a outra.

Neste sentido, ao propugnar uma nova visão da obrigação, a pioneira obra entre nós, de Clóvis Veríssimo do Couto e Silva *A Obrigação como Processo*, José Tschy Editor, São Paulo, 1976. Já no direito comercial obrigação importa circulação de riquezas e é um instituto mais maleável, razão pela qual a dificuldade maior encontra-se no tratamento da fonte geradora de obrigações consistentes na autonomia da vontade. Tais motivos a que se considere, no presente trabalho, a modificação no conceito de autonomia, deixando-se de isolar o conceito de obrigação para quando se versar o campo do direito civil comum. Aliás, quiçá em justificativa nesta visão diferente da obrigação das diferenciações nos regramentos positivos de cada um destes ramos, penso, no caso do direito brasileiro, na ausência de regra expressa sobre a interpretação acorde com a boa-fé no diploma comercial (art. 131) onde ordena a busca de interpretação na boa-fé e na natureza do ato e a regra do Código Civil (art. 85) que manda ler-se mais a intenção das partes que o declarado. *Revista Geral de Negócio Jurídico*. 1ª ed., Coimbra Edições Imbra, 1969, v.1, p.88.

3 Esta parte de uma distinção entre competência ativa que se relaciona com os efeitos jurídicos que o ato jurídico outorga aos atos dos particulares, e competência dispositiva que se refere à faculdade que estes detêm de realizar os seus atos jurídicos, para análise desta visão ver Couto e Silva, Clóvis V. do, *uma história dos conceitos no direito civil e no direito comercial (a atualidade do pensamento de Otto Karlowski e Karl Bullow)*. RePro 37/238.

4 Apresenta bem a dicotomia entre visão subjetiva e objetivo do papel da vontade no negócio jurídico a célebre distinção entre os partidários da teoria da vontade e os da teoria da ação. Naquela, valoriza-se, ao fazer-se a exegese, a vontade das partes tinham ao elaborar o pacto. A esta teoria denominou-se *Willenstheorie*. Para os seus defensores os quais despontava Savigny, o essencial no exame de um negócio jurídico era a vontade interna. Evidente, esta deveria ser expressada, mas a declaração assumia caráter acidental ante o que realmente valia, a vontade de cada parte contratante. É a vontade que

serve de supedâneo do direito subjetivo emanado do negócio jurídico.

Em oposição, buscavam outros, partidários da *Erklärungstheorie*, uma feição mais objetiva. Afirmavam estes que a vontade interna nada significaria sem a exteriorização, o que faria desta, não mero acidente, mas verdadeira essência do negócio. Logo, sobrepairando à vontade estava a declaração pois ela era o elo decisivo entre a vontade e as obrigações novas.

5 Ambas as teorias mantêm uma ligação íntima com o dogma da vontade. O elo reside em que os defensores da teoria da declaração não queriam mais que fazer valer a vontade de outra parte eis que, a imperar a vontade interna, estar-se-ia sujeito a um subjetivismo unilateral, enquanto que a verdade estaria, para ficar-se mais rigorosamente adstrito à volição, em considerar-se a vontade de ambas as partes. Assim, a declaração atuaria como forma de deixar transparecer as intenções de ambas as partes e não apenas de uma só. Vê-se que o movimento de reação à teoria da vontade tinha como pano de fundo o mesmo dogma, apenas que tentando bilateralizá-lo. Neste sentido Santoro Passarelli, Francesco, *Variationi sul contratto in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1970, p.1, onde está posto que *la teoria che, in contrasto con l'impostazione tradizionale, há sostenuto la prevalenza della dichiarazione sulla volontà, non sembra uscire, almeno per quanto riguarda i contratti, dalla logica volontaristica, in quanto tende anche essa a rendere operante la volontà del destinatario della dichiarazione, facendola prevalere su quella del dichiarante*. As duas teses, porém, esquecem o lado dinâmico do vínculo obrigacional (o seu enfoque como processo) e cristalizam a vontade no momento da formação ou da declaração, sem cuidar da sua evolução. Afirma Bessone, Darcy, do *Contrato - Teoria Geral*, 3ª ed., Forense, RJ, 1987, nota de rodapé 8, p.36, referindo-se expressamente à teoria da declaração, mas perfeitamente extensível à teoria da vontade: *... A teoria, se proporciona a segurança estática, apresenta a desvantagem de não garantir a segurança dinâmica (...) vale dizer, a segurança das movimentadas relações jurídicas que, no meio social contemporâneo, vão-se formando sucessivamente*.

6 Ferri, Luigi, *La Autonomia Privada*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p.47.

7 Idem, *ibidem*.

8 Segundo Ferri, estas normas *...tienen un contenido propio, que las normas estatales determinan negativamente, sustrayendo al poder privado autónomo ciertas materias, ciertos grupos de relaciones que el Estado reserva a su regulación*. Idem, p.11. Exemplo da modalidade pode se encontrar no código Civil. art. 920 que trata da cláusula penal.

9 Por tal motivo afirma que, ao *...examinar tal problema se podido comprobar que la autonomía privada no es un poder al que corresponda una función. El Estado no ha indicado fines, ni propuesto intereses a los que este poder deba servir; se ha limitado a señalarle fronteras externas, esto es, límites negativos*. Ferri, idem, *ibidem*.

10 Sobre o conceito de liberdade positiva e liberdade negativa, ver Amaral Jr., Alberto Do, *Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda*, RT, SP, 1993.

11 Segundo Galgano, Francesco, *Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione*, 2ª ed., Zanichelli, Bolonha, 1979, o direito privado oriundo da Revolução e expresso no Código Civil serviu como meio de defesa da burguesia contra a intervenção estatal. Afirma ele, a pág. 18: *La ragione della perdurante diffidenza (da burguesia contra o Estado) è ora solo economica: è la diffidenza di una classe che deriva la propria prosperità dal possesso e dallo sfruttamento delle risorse, e che è tanto più prospera quanto più estese sono le risorse che può possedere e sfruttare: essa è indotta ad osteggiare la proprietà pubblica e, in genere, l'utilizzazione pubblica delle risorse...*

12 Ao estabelecer sua pirâmide normativa, H. Kelsen afirma: *Estas normas jurídico-negocialmente criadas, que não estatuem sanções mas uma conduta cuja conduta oposta é o pressuposto da sanção que as normas jurídicas gerais estatuem, não são normas jurídicas autônomas in Teoria Pura do Direito*, 1ª ed. brasileira, Martins Fontes, SP, 1985, p.274.

13 Afirma o grande jurista que *Chama-se princípio da liberdade de contratar o de se poderem, livremente, assumir deveres e obrigações, ou de se adquirirem, livremente, direitos pretensões, ações e exceções oriundos de contrato; e princípio da autonomia da vontade, o de escolha, a libito, das cláusulas contratuais*, *Tratado de Direito Privado*, 4ª ed., RT, SP, 1983... , Tomo III, p.63.

14 No sentido do texto, diz Raiser, Ludwig, *La libertà contrattuale oggi in Il compito del diritto privato*, Giuffrè Editore, Milão, 1990, p.52: *In virtù dell'autonomia privata il singolo deve poter decidere in piena autonomia se, quando e come costituire in qualsiasi rapporto avventere ad oggetto una prestazione e quale contenuto darvi, come pure se modificare o estinguere rapporti preesistenti*.

15 Wehberg, Hans, *Pacta sunt servanda in American Journal of International Law*, v.53, 1959.

16 Segundo Couto e Silva, Clóvis Veríssimo do, *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparé*, ciclo de aulas proferidas na Universidade de Paris XII, em 1988, é esta ênfase excessiva sobre a vontade que está a manter uma dualidade de fontes de responsabilidade, eis que o desrespeito ao contrato é desrespeito à vontade e, portanto, submetido ao regramento desta, enquanto a responsabilidade extra-contratual, para a qual não concorre uma vontade legítima, muito menos declarada ou bilateral, não teria limitações de um possível autoregramento.

17 Ver Hattenhauer, Hans, *Los fundamentos historico-ideológicos del derecho alemán*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, p.153.

18 Serve de exemplo destas alterações expressamente dadas, até mesmo para as partes e, via de consequência, ao juiz, a regra do art. 1.246 do Código Civil que versa sobre o contrato de empreitada. Nesta regra, com base no conhecimento do mercado por parte do arquiteto ou do construtor, pressupõe-se sua correta avaliação dos custos

e, portanto, previsto um preço, este será imutável, mesmo que a mão de obra ou o material encareçam eis que a obra já está ajustada.

19 Há vários acórdãos neste sentido, exemplificativamente tem-se a decisão da Turma Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo no incidente de uniformização de Jurisprudência em Embargos Infringentes 136.192-2, publicada na Revista dos Tribunais (RT) vol. 667/92, maio 91.

20 Código Civil, art. 85.

21 O art. 1.134 manda que se execute conforme a boa-fé e o 1.135 do code afirma que *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature*.

22 Tese defendida por Ghestin, Jacques, *Traité de Droit Civil. le contract: formation*, 2ª ed., LGDJ, Paris, 1988.

23 Mazeaud, Mazeaud e Chabas, *Leçons de droit civil Obligations*, 8ª ed., Montchrestien, Paris, 1988, t.II, v.1º.

24 Ver Bessone, Darcy, *Do Contrato...*, ob. cit., p.31-2, especialmente notas (2) e (3).

25 Segundo Miguel Reale, *Estrutura e modelos de experiência jurídica - o problema das fontes do direito in O direito como Experiência*, 2ª ed., Saraiva, SP, 1992, é importante verificar que só se pode falar em modelos considerando-se a estrutura social historicamente dada. *Elaborar um modelo jurídico é, por conseguinte, um trabalho de aferição de dados da experiência para a determinação de um tipo de comportamento não só possível, mas considerado necessário à convivência humana (...). O que há (...) é uma tomada de posição (...) perante a realidade social e em função dela, de tal modo que entre o modelo jurídico preferido ou reconhecido, e a experiência deve haver uma correspondência isomórfica (...)*, p.162.

26 Couto e Silva, Clóvis V. do, *A Obrigação...*, ob. cit., p.18: *Não há separação tão rigorosa, no Estado moderno, entre Estado e Sociedade, pois ambas as esferas, a pública e a privada, se conjugam, se coordenam, se interpenetram e se completam. É evidente, em nossos dias, que por autonomia da vontade não se designa o poder de criar efeitos jurídicos, baseado somente na vontade de uma, ou mais partes, fora de toda a habilitação legislativa*.

27 Examinando as modificações nas funções dos institutos de direito privado, K. Renner, já no final de sua clássica obra *The Institutions of Private Law and Their Social Functions*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1976, pág. 299, afirma: *We have seen that the economic substratum dislocates the functions of the norm, that it reverses them: but the norm itself remains indestructible*.

28 Neste sentido, Grau, Eros R. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, RT, SP, 1988, p.138.

29 Ver Raiser, Ludwig, *La libertà ...*, ob. cit.

30 É o que afirma Bessone, Mario, *Svolgimento storico della 'law of contracts', il ruolo dei giuristi e la loro politica del diritto in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XXXIII, 1979, p.509-10: *Il controllo dei costi sociali e degli 'excesses', del 'free enterprise market system', i correttivi contrattuali delle possibili forme di abuso di*

oni dominanti, l'intervento con finalit  di reazione a atti che costituiscono 'inefficient allocation by private' s of increasingly scarce resources' (...) finiscono cosi per fattori, concorrenti di un stessa 'policy', soltanto in enza episodica e disagregatta.

31 Grimm, Dieter, *La costitución como fuente del bo in Las fuentes del derecho*, Barcelona, 1983, p.13 e

brigação ..., ob. cit., p.40.

irma, sobre o assunto, Marques, Claudia Lima, *Conno Código de Defesa do Consumidor*, RT, SP, 1992, *Entre os novos legítimos interesses poderiam ser includos antes denominados motivos do ato e fora da prodo direito: agora podem ser protegidos*. Trata-se de sses decorrentes da boa-fé que, sendo esta conceito ivo, também objetivam-se. Relacionando estas expectis legítimas - sob a  tica do princípio da relevância otivos - com o princípio da transparência e o dever forma o ao consumidor, Tomasetti Jr., Alcides, *O vo da transparência e o regime jurídico dos deveres e de informa o nas declara es negociais para consu- 2 Direito do Consumidor*, vol. 4/52. neste texto, ata-se a disparidade da disciplina do CDC com o di- comum, quando diz ... *predomina, nesse campo, o t po da relevância dos motivos, sob o controle de um lo de transparência pela informa o eficiente, de que cogita, em geral, para o sub-sistema de direito privado vo.*

espectivamente, Código de Defesa do Consumidor, 078 de 11 SET 90, arts. 51, IV e   1  e 6 , inciso V, 2 

ssone, Mario, *Analisi economica del diritto e metodo studi di teoria del contratto in Rivista di Diritto merciale*, vol. LXXVII, p.67: *L'assunto che il contratto government dell'autonomia privata (e che il giudice u d sostituirsi ad essa, perch  'le corti non possono fare utratto per le parti') diventa in ogni caso sempre pi  ormula puramente rituale.*

ota, sem identifica o de autor, na HLR, vol. 97, p.1414, intitulada *Rediscovering the contract clause*, a certa altura, se diz: *Modern constitutional rudence has focused on resolving conflicts between state dederal regulatory rather than on preserving 'free' market.*

este sentido, serve de exemplo o julgamento no Re- o Especial (REsp), 10.681, do Rio Grande do Sul, jul- pela 4  Turma, em 11 jun 91, publicado na RT 674/ de dez 91.

firma o autor: ... *compris comme l'instrument des rges entre les hommes, ralis e certes par un accord de ut , mais sanctionn e par le droit objectif en raison de tilit  sociale et de sa conformit    la justice contractuelle.*

ontract ..., ob. cit., *avant-propos.*

sta mesma concep o pode-se ver em Marques, Cl u- ima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, l., RT, SP, 1992, quando ensina: *Assim, o princípio co que o contrato não pode ser modificado ou suprimi- não através de uma nova manifesta o volitiva das*

mesmas partes contratantes sofrerá limitac es (veja nestes sentido os incisos IV e V do art. 6  do CDC). Aos juizes agora   permitido um controle do conteúdo do contrato (...) devendo ser suprimidas as cláusulas abusivas e substituidas pela norma legal supletiva (...). Relembre-se aqui também o enfraquecimento da força vinculativa dos contratos através da possível aceita o da teoria da imprevisão...

40 No mesmo sentido, Amaral Jr., Alberto do, *A boa-fé e o controle das cláusulas abusivas nas rela es de consumo in Direito do Consumidor* 6/27.

41 O art. 490 diz o que   posse de boa-fé; os arts. 510 a 517, regulam os efeitos quanto aos frutos, produtos e benfeitorias da posse de boa ou m f ; os arts. 550 e 551, concedem prazos diferenciados para a usucapão, conforme haja ou não boa-fé.

42 O art. 935 reputa válido o pagamento feito ao credor putativo se de boa-fé; o art. 968 isenta de perdas e danos no caso de aliena o de im vel recebido indevidamente, caso tenha havido boa-fé; o art. 1.477, parágrafo único, versa a boa-fé no contrato de aposta ou jogo; o art. 112, trata do tema nos contratos com o insolvente para fins de averiguar-se a fraude a credores; o art. 221, versa os efeitos do casamento nulo se contraído de boa-fé; o art. 225, parágrafo único, regula a extensão da responsabilidade da mea o do c njuge por atos praticados pelo outro frente ao terceiro de boa-fé.

43 Sobre os standards jurídicos ver Esser, Joseph, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial de derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961, p.123 e segs.

44 Como afirma Wieacker, Franz, *El principio general de la buena fe*, 1  ed., Editorial Civitas S. A., Madrid, 1986, p.36: *Buena fé o 'buenos costumbres' no son mold s acabados, que el juez calca sencillamente sobre el material que ha colocado debajo, sino una extraordinaria tarea que tiene que realizar el proprio juez en la situación determinada de cada caso jurídico.*

45 *Tratado...*, tomo IV, p.42. A mesma parifica o entre nulidade de pleno direito e nulidade   feita por Bevil qua, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, 10  ed., Francisco Alves, RJ, tomo I, p.331.

46 *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 2  ed., Forense Universitária, RJ, 1992, p.335.

47 *Tratado...*, tomo IV, p.43-4, o grifo   original.

48 Medidas expressamente referidas por Nelson Nery Jr., nos comentários citados, p. 299. Recentemente a atividade fiscalizadora foi regulamentada pelo Decreto 861/93.

49 A regra do Código Civil   a do art. 153, primeira parte, o que   repetido no   2 , art. 51, do CDC.

50 *Curso de Direito Civil*, 6  ed., Freitas Bastos, RJ, 1988, tomo I, p.444.

51 Apontando este sentido e constatando que   uma tendência das legisla es européias, De Lamberterie, Isabelle; Rieg, Alfred e Tallon, Denis, relatório geral do tema *Le Controle de clauses abusives dans l'int ret du consommateur dans les pays de la C.E.E in Revue Internationale de Droit Compar *, n  3 - jul/set 82, p.1.071.

52 Lei 8.078/91, art. 51   4 .

53 Teoria..., ob. cit., tomo II, p.239.

54 Sobre os postulados de cada uma destas teorias ver nota 5, supra.

55 *Derecho Civil - Parte General*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, p.748.

56 O Código Civil Italiano considera lesiva a vantagem que exceda 1/2 do justo valor, o Código Francês fala em 7/12.

57 O BGB fala em *desproporção manifesta*, o Código Português em *benefícios excessivos e injustificados*, o diploma Argentino refere *desproporção chocante*.

58 Caio Mario Da Silva Pereira, *Lesão nos Contratos*, 4ª ed., FORENSE, RJ, 1993, p.210, afirma: *Não será, portanto, heterodoxa a idéia de analisar esse diploma (CDC) sob a inspiração da idéia força central de lesão.*

59 Para um tratamento decomposto destes dois princípios que denomina *básicos*, ver Marques, Claudia Lima, *Contratos...*, ob. cit., parte II; capítulos 3 e 4.

60 A importância da lesão é tão grande que se a considera causa autônoma de revisão.

61 Neste sentido, Fontbressin, Patrick de, *De L'Influence de l'acceptation du concept de prix sur l'évolution du droit des contrats in Revue Trimestrielle de Droit Civil*, année 1986, p. 655 e segs.

62 Poucos o fazem, como Aguiar Jr., Ruy Rosado de, *Aspecto...*, art. cit., Nader, Natal, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor in Revista Forense*, vol. 311/37, Alberto Do Amaral Jr. *Proteção...*, ob. cit., p.252 e Caio Mario da Silva Pereira, conforme nota 58 supra.

63 Jean Deprez. *La Lésion dans les contrats aléatoires in Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v.53, ano 1955, p.1.

64 O texto integral é: *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.*

65 Entre elas despontam a Pressuposição de Windscheid; a Superveniência de OSTI; a das Circunstâncias Extra-Contratuais de Bruzin; a do Erro de Giovane, entre outras.

66 *Le prix dans les contrats de longue durée*, LGDJ, Paris, 1990, p. 148-149. Referindo-se à exigência legal da imprevisão, afirma que ... *si l'on fait abstraction du débat théorique, on observe que le caractère imprévisible de*

l'événement, quel que soit l'angle sous lequel on l'envisage, n'est pas pris directement en considération par le droit positif.
67 O Projeto de Código Civil que tramita no Congresso Nacional estabelece um outro elemento: a extrema vantagem da outra parte. A teoria vem contemplada nos arts. 478, 479 e 480.

68 Sobre a diferença, à luz de disposições positivadas, ver Almeida Costa, *Direito...*, ob. cit., p. 267 e Mosset Iturraspe, Jorge, *La Frustración del contrato*, Rubinzal - Culzone editores, Argentina, p. 81 e segs.

69 A teoria da base subjetiva deve-se a Paul Oertmann e teve grande repercussão na Alemanha no período que se seguiu à Primeira Grande Guerra. A teoria unitária é de Lehmann, atribuindo-se a teoria da base subjetiva e objetiva (sem fusionalas) à K. Larenz.

70 *A Obrigação...*, ob. cit., p.134.

71 Há tendências modernas que sustentam ser possível resolver a questão dentro da teoria dos riscos, afastando-se a tese da base do negócio. Entre elas a doutrina de FLUME, para quem pode-se discutir toda a situação superveniente tendo em conta a distribuição dos riscos. Assim, o trabalho hermenêutico para analisar o efeito das circunstâncias posteriores que incidam sobre o contrato consiste na análise da natureza do pacto e dos riscos assumidos. No mesmo sentido, Fikentscher afirma que *a base da confiança contratual compreende as circunstâncias que não estão incluídas na esfera dos riscos contratuais assumidos pelas partes...*, apud Denis, Philippe, *Changement...*, ob. cit., p. 247. Ainda, na mesma senda, este autor comenta a doutrina de Ingo Koller, a mais radical da espécie. Segundo o autor, a partir de uma visão econômica do direito, o problema dos fatos supervenientes resolve-se pela (a) possibilidade abstrata de dominar o risco (atribuindo-se o ônus à parte mais avisada para evitá-lo); (b) absorção dos efeitos do risco (suportando aquele que melhor absorverá, economicamente, a perda) e (c) iniciativa da divisão do trabalho (tocando o ônus ao devedor pois o trabalho contratual é feito em favor do credor).

72 Sobre os dois conceitos, ver Tomasetti Jr., Alcides, *Aspectos da proteção contratual do consumidor no mercado imobiliário urbano. Rejeição das cláusulas abusivas pelo direito comum in Direito do Consumidor* 2/52.

contratos de "shopping centers" e cláusulas abusivas

eika Pinto Costa Vargas

tranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
curadora de Justiça.

ÍARIO

dução; I - As cláusulas abusivas: A - Noções Gerais; 1 - Teoria do enriquecimento sem causa; 2 - Teoria do so do Direito; 3 - Teoria da lesão; 4 - Teoria da Boa Fé; 5 - Busca de uma síntese significativa; II - Os contratos "shopping Centers" e as cláusulas abusivas; A - Dúplice Fixação de Aluguel; B - A Renovação de Aluguel; C - A são do Aluguel; D - Res Sperata; E - Outras cláusulas; Conclusão.

Introdução

1. A evolução econômica e social de nos- dias, com a mudança da fisionomia das re- ões sociais, deu lugar ao aparecimento, no po do direito contratual, de figuras novas contrato, ainda não conhecidas, ou que ain- ão penetraram com o devido rofundamento na sistemática de nossa ntratualística.

Dentre eles situamos os contratos de opping centers como uma figura nova dentro economia brasileira que tem suscitado mui- questões, algumas das quais pretendemos ordar no presente estudo.

2. No estudo da evolução da noção de con- to merece destaque especial e inicial o perí- lo histórico relativo ao predomínio da idéia : autonomia da vontade, tal a sua importân- a, refletida até nossos dias.

"A vontade é a causa primeira do direito": assim que se enuncia o credo filosófico e jurí- co dos séculos XVII e XIX¹. Segundo tal ncepção, na base da estrutura social está o indivíduo, ou seja, uma vontade livre.

Vincula-se o dogma da autonomia da von- de a um posicionamento básico sócio-políti- o - o liberalismo.

Constata-se, então, que o entendimento dos ristas franceses e alemães é comum: a vontade

de humana é o fator essencial na criação, mo- dificação e extinção dos direitos e obrigações.

Duas foram, porém, as teorias que procuraram explicar o primado da vontade: a teoria da vontade e a teoria da declaração.

3. A *Willenstheorie* tem um Thibaut, Puchta, Savigny, Windscheid e Zitelmann os mais importantes propugnadores, entre outros.

Segundo Savigny, chama-se declaração de vontade e espécie dos fatos jurídicos que não são apenas livres, mas que, segundo a vontade do agente, têm por fim imediato criar ou extinguir uma relação jurídica.

São, pois, dois os elementos dos negócios jurídicos: a vontade interna e a declaração da vontade, que devem ser, necessariamente, concordantes.

Esse fundamento leva a uma única idéia: a idéia da liberdade de contratar.

Liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram portanto os pilares, que se completavam reciprocamente, sobre os quais se formava a asserção peremptória, segundo a qual dizer *contratual* equivale a dizer justo (*qui dit contractuel dit juste*)².

Mas a teoria da vontade, conforme foi exposta, adequada a um sistema econômico individualista e pouco dinâmico, mostrava-se incapaz de satisfazer as exigências da moderna economia de massa, caracterizada pelo volu-