



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM
DIREITO

ANDRÉ PERIN SCHMIDT NETO

**REVISÃO DOS CONTRATOS COM BASE NO SUPERENDIVIDAMENTO: DO
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AO CÓDIGO CIVIL - A Falência da
Pessoa Física no Direito Brasileiro**

Porto Alegre
2010

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM
DIREITO**

ANDRÉ PERIN SCHMIDT NETO

**A REVISÃO DOS CONTRATOS COM BASE NO SUPERENDIVIDAMENTO: DO
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AO CÓDIGO CIVIL - A Falência da
Pessoa Física no Direito Brasileiro.**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação-Mestrado em Direito-da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre

Orientador: Prof. Dr. Cesar Viterbo Matos Santolim

Porto Alegre
2010

ANDRÉ PERIN SCHMIDT NETO

**A REVISÃO DOS CONTRATOS COM BASE NO SUPERENDIVIDAMENTO: DO
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AO CÓDIGO CIVIL - A Falência da
Pessoa Física no Direito Brasileiro.**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação-Mestrado em Direito-da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre

Aprovado pela Banca Examinadora em __de _____ 2010.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Cesar Viterbo Matos Santolim

Segundo Componente

Terceiro Componente

Quarto Componente

AGRADECIMENTOS

À CAPES, instituição cujo apoio permitiu a elaboração deste trabalho.

Ao Prof. Cesar Viterbo Matos Santolin, brilhante orientador, a quem tenho orgulho de chamar de amigo.

Ao meu pai e coorientador informal, Ricardo Pippi Schmidt, à minha mãe, Remis Alice Perin Schmidt, e à minha irmã, Natália Perin Schmidt, a quem devo o que sou, e por terem me acompanhado em toda a minha trajetória.

Ao meu avô e sócio, André Egydio Schmidt, de quem espero ter herdado, além do nome, a competência.

À minha namorada, Ana Luiza Jordão Machado, que carinhosamente me incentiva a nunca deixar de acreditar no meu sucesso.

À minha sobrinha Alice que nasceu junto com este trabalho.

Ao Professor Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, que me ensinou muito do que sei sobre direito contratual e às Professoras Clarissa Costa de Lima, Cláudia Lima Marques e Karen Bertoncello, por me ensinarem muito daquilo que sei sobre o superendividamento.

Aos colegas do Centro de Pesquisa da Escola da AJURIS, em especial, a Felipe Kirchner, pelo valoroso auxílio na pesquisa bibliográfica.

Ao Professor Adalberto Pasqualotto pelas valorosas sugestões feitas por ocasião da banca.

Ao Prof. Plínio Melgaré, pelas oportunidades,

A toda a minha família, pelo incentivo,

Aos colegas e professores do PPGDir da UFRGS, minha gratidão e reconhecimento pelos ensinamentos.

A todos os meus amigos, meu carinho pela compreensão do motivo de minha ausência e aos quais informo que, finalmente, retornarei à vida social.

“SHYLOCK – [...] essa libra de carne, que ora exijo, foi comprada muito caro; pertence-me; hei de tê-la. Se esse direito me negardes fora com vossas leis! São fracos os decretos de Veneza. E ora aguardo o julgamento. Respondei-me: dar-me-eis o meu direito?”

William Shakespeare. O Mercador de Veneza.

“A lei permite muita coisa que a honra condena”

Sêneca

“As coisas têm preço; as pessoas dignidade”

Kant

RESUMO

O presente estudo analisará casos de revisão contratual em situações de superendividamento dos indivíduos. Na primeira parte, será analisada a revisão dos contratos, ou subsidiariamente, sua resolução, com base em fato superveniente à sua formação em virtude de impossibilidade subjetiva, aplicada às relações de direito privado, mais precisamente aos contratos. A abordagem será feita por meio de estudo da evolução da cláusula *rebus sic stantibus* até a crítica à Teoria da Imprevisão, prevista no Código Civil Brasileiro, de 2002, a demonstrar que a imutabilidade dos pactos e a consequente inflexibilidade do princípio *pacta sunt servanda* podem levar a graves injustiças.

Em segundo momento, este trabalho conceituará o superendividamento e definirá consumidores que, sofrendo deste fenômeno, estariam sujeitos à proteção. Apresentadas as causas, o tema será abordado inicialmente de modo a obter um conceito expresso, apresentando os requisitos que caracterizam a condição de superendividado, a partir de estudos doutrinários e de legislações estrangeiras. Posteriormente, serão abordadas suas classificações e especificados os tipos de superendividados, concluindo sobre quais merecem o apoio do Estado. Nesta segunda parte, não se pretende fazer crítica ao sistema de crédito, mas identificar as consequências do mau uso desse sistema, servindo como ponto de partida a quem busca compreender a matéria. Ao final, serão estudados os meios de combate ao superendividamento, notadamente a revisão dos contratos, forma de tratamento disponível no direito brasileiro.

Por fim, questionar-se-á a abrangência desta revisão baseada no superendividamento, para descobrir se é possível revisar contratos que não caracterizem relação de consumo. Desenvolver-se-ão os temas direitos fundamentais e constitucionalização do direito privado, como argumento forte para a revisão de alguns contratos, mesmo que entre particulares iguais. O objetivo central é apontar a necessidade de tratamento da totalidade das dívidas dos indivíduos falidos, tal como ocorre com a recuperação de empresas, face à inoperância e descaso com os direitos humanos do sistema da insolvência. Este combate ao superendividamento já pode ser feito com os institutos previstos no ordenamento jurídico privado brasileiro, bastando uma interpretação mais abrangente, fundamentada nos princípios constitucionais.

Palavras-chave: - Revisão dos contratos – *rebus sic stantibus* – Onerosidade excessiva - Imprevisão - Superendividamento - Crédito ao consumo – Conceito de superendividado – Classificação do superendividamento – Falência da pessoa física – Meios de combate ao superendividamento.

ABSTRACT

The current research is intended to analyze the revision of contracts, based on overindebtedness of individuals. On the first part of it the revision of the contracts will be analyzed, or its resolution, based on supervening fact, happened after its arrangement, as a result of subjective impossibility, applied to the relations of private right, more specifically on contracts. The approach happens through the evolution of *rebus sic stantibus* clause until the critique to improvidence theory foreseen on Brazilian Civil Code of 2002, as a sample of the immutability of agreements and the subsequent inflexibility of the *pacta sunt servanda* principle may lead to severe injustice.

On a second moment, this research seeks to conceptualize the overindebtedness and define the consumers which, suffering from this phenomenon would be subject to protection. After presenting the causes, the issue is addressed initially to obtain an expressed concept by presenting the requirements that characterize the condition of overindebtedness from foreign legislation and doctrinal studies. After that, their ratings are treated and the types of overindebtedness are to be specified, concluding which of those deserves the support of the State. This second part does not intend to criticize the credit system, but to identify the consequences of misuse of the system, serving as a starting point for those who are seeking to understand the subject. In the end, ways to combat overindebtedness are studied, mainly the review of contracts, a form of treatment available under Brazilian law.

At last, the scope of this review based on overindebtedness will be questioned to find out whether it is possible to review contracts which do not characterize consumer relationship. It is to be developed the theme of fundamental rights and constitutionalization of the private law as a strong argument for the revision of certain contracts even between individuals. The central objective is to point out the need for a treatment of all debts of bankrupt individuals, as it occurs with businesses at the edge of bankruptcy, towards failure and neglecting human rights of the insolvency system. This fight against overindebtedness can now be done with the institutes under private Brazilian legal system, with a wider interpretation, based on constitutional principles.

Keywords: Review of contracts – *rebus sic stantibus* – Excessive onerosity - Improvidence - Overindebtedness – Consumer credit – Overindebted concept – Overindebted classification – Bankruptcy - Means to combat overindebtedness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
PARTE I – REVISÃO DOS CONTRATOS	23
1 EVOLUÇÃO: DA CLÁUSULA <i>REBUS SIC STANTIBUS</i> À TEORIA DA IMPREVISÃO	23
<i>1.1 Autonomia da vontade, conceito clássico de contrato e sua interpretação, e o dirigismo contratual</i>	23
1.1.1 Princípio da obrigatoriedade dos pactos	23
1.1.2 Noção clássica de contrato	24
1.1.3 Autonomia privada	28
<i>1.1.3.1 Dirigismo contratual</i>	32
1.1.4 Interpretação contratual	34
1.1.5 Crise na teoria do negócio jurídico	37
1.2 Histórico	40
1.2.1 Aparecimento no direito brasileiro e o problema de sua aplicação nos casos de inflação	61
1.3 A revisão por fato superveniente no direito comparado	69
1.3.1 Corrente revisionista	70
1.3.2 Corrente antirrevisionista	78
1.3.3 Países do <i>common law</i>	79
2 CARACTERÍSTICAS DAS TEORIAS REVISIONISTAS	82
2.1 Contextualização, finalidades e requisitos (elementos para a caracterização das teorias)	82
2.1.1 Contextualização	82
2.1.2 Finalidades	86
2.1.3 Requisitos	88
<i>2.1.3.1 Ocorrência de fato superveniente causador de uma alteração radical das circunstâncias</i>	88
<i>2.1.3.2 Onerosidade excessiva</i>	89
<i>2.1.3.3 Ausência de culpa</i>	90
<i>2.1.3.4 Comutatividade e onerosidade</i>	90
<i>2.1.3.5 Execução distribuída no tempo</i>	91
<i>2.1.3.6 Fato fora da álea contratual</i>	93
<i>2.1.3.7 Anormalidade do evento turbador do contrato</i>	94
<i>2.1.3.8 Aplicação anterior ao cumprimento integral de um dos contratantes e execução parcial do contrato</i>	95
2.2 Teorias que fundamentam a revisão ou resolução do contrato por fato superveniente . 97	
2.2.1 Teorias intrínsecas	98
<i>2.2.1.1 Teorias com base na vontade</i>	99
<i>2.2.1.1.1 Teoria da pressuposição</i>	99
<i>2.2.1.1.2 Teoria da vontade marginal</i>	101
<i>2.2.1.1.3 Teoria do erro</i>	102
<i>2.2.1.1.4 Teoria da situação extracontratual</i>	103
<i>2.2.1.1.5 Teoria do dever de esforço médio</i>	104
<i>2.2.1.1.6 Teoria da imprevisão</i>	105
<i>2.2.1.1.7 Teoria da onerosidade excessiva</i>	106

2.2.1.2 Teorias com base na prestação.....	107
2.2.1.2.1 Teoria do estado de necessidade.....	107
2.2.1.2.2 Teoria do equilíbrio das prestações	108
2.2.2 Teorias extrínsecas	109
2.2.2.1 Fundamento na moral.....	109
2.2.2.2 Fundamento na boa-fé.....	110
2.2.2.3 Fundamento na extensibilidade do fortuito	111
2.2.2.4 Fundamento na socialização do direito.....	111
2.2.2.5 Fundamento na equidade e na justiça	112
2.2.2.6 Teoria baseada na Ideia de cooperação como princípio insito no próprio conceito de obrigação.....	115
2.2.2.7 Teoria da vontade eficaz.....	116
2.2.2.8 Teorias do enriquecimento sem causa e do abuso de direito	116
2.2.2.9 Teoria do risco	117
2.3 Figuras afins	118
2.3.1 Caso fortuito e força maior	118
2.3.2 Erro	120
2.3.3 Lesão	121
2.3.4 Abuso do direito.....	123
2.3.5 Cláusula de escala móvel.....	124
2.3.6 Cláusulas abusivas.....	125
2.3.7 Enriquecimento sem causa.....	126
2.3.8 Usura.....	126
3 A REVISÃO CONTRATUAL NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO	129
3.1 O CDC e a teoria da base do negócio	129
3.1.1 Comentários à teoria da quebra da base do negócio jurídico e sua previsão no código de defesa do consumidor	129
3.1.1.1 Teoria da base do negócio jurídico.....	129
3.1.1.2 Código de Defesa do Consumidor.....	138
3.1.1.2.1 A proteção contratual do consumidor no direito comparado.....	143
3.2 O Código Civil de 2002.....	149
3.2.1 Análise dos artigos 478, 479 e 480 do CC/2002.....	149
3.2.1.1 Requisitos controversos adotados pelo CC/2002.....	149
3.2.1.1.1 Imprevisibilidade	150
3.2.1.1.2 Extrema vantagem	154
3.2.1.2 Resolução	156
3.2.1.3 Dissonância com o artigo 317 do CC/2002.....	164
3.2.1.4 Nomenclatura “devedor”	165
3.2.1.5 Mora	166
3.2.1.6 Aplicação aos contratos aleatórios.....	169
3.2.2 Projeto de Lei nº6960/2002 que visa alterar artigos do Código Civil de 2002.....	170
PARTE II – SUPERENDIVIDAMENTO	174
4 O FENÔMENO DO SUPERENDIVIDAMENTO.....	174
4.1 Histórico.....	174
4.2 A massificação do acesso ao crédito e o superendividamento.....	185
4.3 Marketing.....	208
4.4 Superendividamento: conceito, pressupostos e classificação.....	227
4.4.1 Conceito de superendividamento	228
4.4.2 Pressupostos para a caracterização	232

4.4.3 Classificação.....	236
4.5 Superendividamento no direito comparado	246
5 Combate ao superendividamento	281
5.1 Formas de enfrentamento e minoração dos efeitos do superendividamento	281
5.1.1 Prevenção.....	283
5.1.1.1 Dever de informação e demais deveres dos fornecedores.....	284
5.1.1.2 Verificação da capacidade de reembolso.....	296
5.1.1.3 Prazo de reflexão.....	301
5.1.1.4 Cadastros de proteção ao crédito	304
5.1.1.5 Programas de educação para o crédito	312
5.1.1.6 Seguros de proteção ao crédito.....	314
5.1.1.7 Garantes.....	315
5.1.1.8 Ligação entre contratos conexos (principal e de crédito).....	317
5.1.1.9 Limitação da taxa de juros.....	318
5.1.1.11 Outros meios	319
5.1.2 Tratamento	320
5.1.2.1 Manutenção de um mínimo existencial.....	321
5.1.2.2 Extinção ipso jure das dívidas	323
5.1.2.3 Dever de renegociação	325
5.1.2.4 Criação de lei que estabeleça um sistema de tratamento do superendividamento....	330
5.2 Superendividamento como fato superveniente ensejador da revisão judicial dos contratos de consumo.....	334
PARTE III – REVISÃO DOS CONTRATOS PELO SUPERENDIVIDADO	352
6 O SUPERENDIVIDAMENTO COMO MOTIVO ENSEJADOR DA REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS REGIDOS PELO CÓDIGO CIVIL.....	352
6.1 Relação entre o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor	352
6.1.1 Aplicação do CC e do CDC.	352
6.1.1.1 Não revogação do CDC pelo CC.....	356
6.1.1.2 Diálogo das fontes.....	359
6.1.2 Relação jurídica de consumo.....	363
6.1.2.1 Conceitos de consumidor.....	365
6.1.2.1.1 O Consumidor <i>stricto sensu</i> - artigo 2º do CDC.....	367
6.1.2.1.1 Doutrinas	368
6.1.2.1.1.1 Doutrina finalista	369
6.1.2.1.1.2 Doutrina maximalista.....	371
6.1.2.1.2 A vulnerabilidade do consumidor.....	372
6.1.2.1.3 Agentes equiparados a consumidores: art. 2, § único, art. 29 e art. 17 do CDC.....	378
6.1.2.1.4 Conceito de consumidor no direito comparado.....	381
6.1.2.2 Conceito de fornecedor.....	386
6.1.2.2.1 O fornecedor <i>stricto sensu</i>	386
6.1.2.2.2 O fornecedor “equiparado”	387
6.1.2.3 Objetos da relação de consumo: conceito de produto e serviço.....	388
6.2 Revisão dos contratos pelo superendividado sob o prisma dos direitos fundamentais nas relações privadas e da constitucionalização do direito civil.....	392
6.2.1 Dignidade da pessoa humana	401
6.2.2 Constitucionalização do direito privado	409
6.2.3 Princípios fundamentais.....	416
6.3 (In) possibilidade de utilização do superendividamento como fundamento para a revisão de contrato por fato superveniente	423

CONCLUSÃO	447
REFERÊNCIAS	462

INTRODUÇÃO

O princípio da obrigatoriedade dos pactos é um dos pilares do direito contratual. Contudo, a demasiada rigidez deste princípio e sua inflexibilidade podem causar injustiças. O *pacta sunt servanda* somente cumpre seu papel quando é interpretado conjuntamente com o brocardo *summum ius, summa injuria*, isso porque o adimplemento da obrigação atende à função do contrato.

O direito privado regula as relações entre particulares que, espera-se, sejam harmoniosas, e quando não o são, os tribunais sobrevêm e dissolvem a contenda pacífica e terminantemente. Ao menos desta forma quis Napoleão. Todavia, o direito não é tão simples assim.¹

Embora a concepção clássica de contrato² entenda que, uma vez celebrado, este deveria se manter imutável³, os negócios jurídicos estão sujeitos a eventualidades que venham a atingir sua validade ou eficácia, quer tenham causa concomitante à sua formação – nulidade, anulação por vício de vontade, vício oculto, etc. -, quer sejam supervenientes, isto é, posteriores à celebração do pacto – impossibilidade (absoluta ou relativa, como será visto), perda do interesse do credor em receber a prestação - entre outras. Quanto à impossibilidade relativa ou econômica, tema deste estudo, vem a ser a modificação superveniente das circunstâncias que acarretem a quebra do seu equilíbrio e a frustração de sua finalidade.⁴ Vale sempre frisar que a obrigatoriedade dos contratos prepondera e que os institutos referidos são exceções que se dão através do dirigismo estatal mediante a possibilidade de intervenção judicial. Assim, o princípio do *pacta sunt servanda* não deve ser violado simplesmente por

¹ CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. IX (Prefácio à edição inglesa).

² Cabe-nos ressaltar que, apesar da cláusula *rebus sic stantibus* não ter seu emprego restrito aos contratos, nos ateremos apenas a esta sua forma de aplicação, visto que é a mais comum e de maior importância, além de ser aquele campo onde surgem as maiores discussões em torno de suas características e sua abrangência. (MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 2).

³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.461.

⁴ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p.143-144.

dificuldades singelas de cumprimento de uma prestação. Trata-se, aqui, de extrema dificuldade⁵, sob pena de esta teoria tornar-se “panacéia para proteger o mau devedor”⁶

Ao longo dos anos, a evolução do Direito ocorreu no sentido de relativizar a autonomia privada e, mesmo tendo aparecido remotamente, como no próprio Código de Hammurabi, ou mesmo no Direito Romano⁷, o marco maior provém dos glosadores e pós-glosadores da Idade Média, que, com base nos canonistas, criaram a conhecida fórmula⁸ “*contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*”, difundida apenas como *rebus sic stantibus* (se as coisas permanecerem assim). Após certo período, iniciava-se, no século XVI, a expansão econômica e marítima para o Novo Mundo. Com a Companhia das Índias, o mercantilismo e o decaimento da influência da Igreja Católica, uma nova ordem social e histórica surgira, culminando na Revolução Francesa de 1789, quando o absolutismo não mais interessa aos capitalistas⁹. Foi quando se presenciou a decadência desta cláusula, face ao liberalismo do século XIX e à aprovação do *Code Napoléon*, com o seu desaparecimento até a primeira guerra, fato que forçou os juristas a resgatar as ideias revisionistas¹⁰, sob a forma de novas teorias, objeto da primeira parte deste trabalho, que visam a revisão do que foi acordado em contrato de execução futura, quando situação inesperada e superveniente à sua formação causar a ruína de um dos contratantes, sempre visando restabelecer o equilíbrio da relação contratual.

⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.462.

⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.464.

⁷ Há uma grande polêmica sobre a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* no Direito Romano. Boa parte entende que os romanos conheciam-na e que, apesar de não estar sistematizado, o seu emprego ocorria na prática. Outros, no entanto, crêem que o direito romano tinha uma concepção *strictum jus*, isto é, não ia além do que estava sistematizado, pois tratava-se de um direito mecânico e formalista.

⁸ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT. vol. 80, n. 670. ago. 1991, p. 43. FRANTZ, Laura Coradini. **Bases Dogmáticas para Interpretação dos artigos 317 e 478 do novo Código Civil Brasileiro**. Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2004. p. 14. CANATO, Mônica Aparecida. Contratos do sistema financeiro da habitação: a onerosidade anti-social. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 311.

⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002.

¹⁰ Época da famosa Lei Faillot de 21/01/1918, marco do renascimento da teoria por permitir a resolução dos contratos firmados antes da Primeira Guerra.

Em suma, trata-se da revisão ou resolução de contrato que tenha perdido seu equilíbrio em função de fato superveniente e não querido por nenhuma das partes. Sua fundamentação é muito bem resumida por Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

O fundamento da extinção da relação obrigacional pela via resolutive reside na exigência de ser mantido o justo equilíbrio entre as partes contratantes. Isso define os pressupostos de fato e de direito que devem estar presentes para o desfazimento do contrato, na modalidade estudada. As obrigações devem estar relacionadas por intermédio de um vínculo sinalagmático de recíproca equivalência; fato superveniente há de quebrar essa harmonia contratual e marcar a frustração do fim visado no contrato, o que se dá pelo incumprimento, contrariando o interesse do credor não-inadimplente.¹¹

Volta-se, neste período, a indagar: “os princípios construídos pelos Mestres dos dias de bonança devem aplicar-se na hora da tempestade?”¹²

A autonomia privada, expressa nas legislações que tiveram o Código Napoleônico como base, aos poucos foi perdendo força, permitindo uma flexibilização dos atos volitivos, admitindo uma gama maior de possibilidades de sua revisão. Como bem manifesta Luís Renato Ferreira da Silva:

A autonomia deixa de ser vista como poder puro e desinibido para ser encarada como um poder-função. Onera-se esta liberdade com alguns gravames a bem de proporcionar-se uma relação justa e útil nos negócios privados.¹³

O Brasil, até o Código Civil de 2002, não adotava de forma expressa e clara a possibilidade de revisão nos contratos em geral¹⁴, assim como os tribunais de nosso País ainda estavam enraizados à ideia de autonomia privada individualista do século passado e à visão rígida do princípio *pacta sunt servanda*.

Apesar de a positivação da teoria estudada ser considerada como grande evolução, e de boa parte dos países que têm relevância internacional já a adotarem há algum tempo,

¹¹ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p.77.

¹² PEREIRA, Caio Mario da Silva. Cláusula Rebus Sic Stantibus. **Revista Forense**, v. 92, out. 1942. p.798.

¹³ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos**: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.149.

¹⁴ Nos contratos entre particulares havia algumas legislações específicas e esporádicas, mas nunca uma lei com abrangência para todos os contratos como faz o CC/2002. Já fora dos contratos privados há que se fazer a ressalva das relações de consumo, onde a revisão já está presente no ordenamento brasileiro desde o Código de Defesa do Consumidor.

buscar-se-á também, neste estudo, demonstrar algumas falhas do legislador provenientes da desatualização do texto legal.

Diversas são as teorias que estabelecem os mais variados requisitos para a sua aplicação. Algumas se fundamentam na possibilidade de que a revisão seria possível caso o contrato não tivesse pressuposto determinado acontecimento estranho à situação em que ele foi celebrado; outras entendem que o contrato possui uma condição implícita de permanência das circunstâncias, cuja alteração permitiria a eliminação de seus efeitos, sendo todas essas teorias subjetivas. Buscando objetivá-las, alguns se firmaram nos princípios da reciprocidade ou equivalência das prestações, argumentando que os pactos devem manter equilíbrio; outros, na boa-fé dos contratantes e nas regras morais; outros ainda, na função social e econômica de um acordo de vontades¹⁵. O contrato, na realidade, não pode servir simplesmente para a competição dos pactuantes, quando é, na verdade, um instrumento para a cooperação entre estes para atingir o fim a que ambos pretenderam, ao contratar.

A letra da lei exigiu alguns elementos de aplicação controvertida, tais como: além da excessiva onerosidade para uma das partes, a vantagem exagerada para a outra; a adoção da resolução e não da revisão como forma de sanear o pacto desequilibrado - ferindo assim o princípio da manutenção dos contratos - e a imprevisibilidade (elemento que dá nome à teoria da imprevisão, a mais famosa dentre as teorias que virão a ser estudadas e aquela adotada pelo legislador do CC de 2002).¹⁶

Difícil falar-se em previsibilidade frente aos sucessivos surtos inflacionários e planos governamentais anteriores ao Plano Real. Mesmo após 1994, a questão permanece relevante, já que não apenas a insegurança econômica abre margem para sua aplicação, mas uma simples alteração em uma alíquota pode desequilibrar um contrato, ou uma modificação na situação econômica do local do prédio objeto de locação pode causar a ruína de uma das partes, e assim por diante.¹⁷ Hodiernamente, podemos ressaltar a crise econômica global iniciada em 2008 – a cláusula *rebus sic stantibus* costuma vir à tona em momentos de

¹⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.463-466.

¹⁶ Há quem afirme que o CC/02 adotou a Teoria da Onerosidade Excessiva por aproximar-se muito do CC italiano, que, conforme a maioria da doutrina estrangeira, adotou esta teoria.

¹⁷ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p.1.

depressão econômica¹⁸ - e as epidemias como a gripe aviária ou, mesmo, pandemias como a recente gripe A (H1N1 ou suína, como foi inicialmente chamada), entre tantas outras doenças que têm surgido ao longo dos anos - como provocadoras de desequilíbrio econômico em todos os contratos que envolvam produtos atingidos por tais moléstias.

Também será objeto de pesquisa a distinção entre o tema estudado e outras figuras presentes no CC que, da mesma forma, ensejam a revisão, bem como a comparação com o Código de Defesa do Consumidor, que, para a maioria dos autores, adota a Teoria da Quebra da Base Objetiva, cujos requisitos são diferentes. Restringiremos este trabalho à análise no âmbito do direito privado, mais precisamente do direito contratual, finalizando esta primeira parte com o exame das sugestões elogiáveis do Projeto Fiuza (PL 6960/02).

O interessante deste assunto está na relevância do estudo da relação entre segurança e justiça. Indaga-se até que ponto se deve dar tamanha importância à vontade das partes e quão imprescindível é a aplicação flexível da norma para que se torne adequada à realidade dos fatos.¹⁹ Afora a urgência de uma reformulação do direito contratual que, com razão, muitos entendem necessária, esta matéria traz consigo, hoje, imensa divergência entre teoria e prática.²⁰

Embora o tema escolhido²¹ para a primeira parte da presente dissertação de mestrado já tenha sido abordado por grande parte da doutrina²², visto que seu renascimento data do recém findo século XX, período de grandes acontecimentos capazes de alterar a base dos acordos celebrados, não há momento melhor para discutir tal assunto no Brasil já que, com o advento do Código Civil de 2002, passamos a compor o grupo dos países que positivaram a teoria que é o cerne da primeira parte desta pesquisa.²³ E é na crítica à forma que foi aceita

¹⁸ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 129.

¹⁹ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p.XIX.

²⁰ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p.17.

²¹ Vale frisar que restringiremos o tema à aplicação da cláusula rebus sic stantibus aos contratos, mais precisamente aos de direito privado, portanto entre particulares, atendo-nos, tão-somente, à teoria geral dos contratos, não abordando, por isso, sua aplicação aos contratos em espécie.

²² Além dos já citados neste trabalho, Marcio Klang lista ainda: E. Van Bogaert, André de Laubadère, Jacinto Fernandes Rodrigues Bastos e Manuel A. Domingues de Andrade, Clóvis Paulo da Rocha e Reguna Godin. KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p.11-12.

²³ Anteriormente à sua previsão legal no CC/2002, esta matéria era abordada, por grande parte dos autores que escreviam sobre contratos, da forma que apontou Silvio Rodrigues: nos capítulos sobre o “conceito do contrato”, bem como quando se tratava de sua evolução e do “princípio da força vinculante dos contratos”. (RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 131).

que reside um dos principais pontos desta monografia, haja vista que esta questão, em específico, não foi suficientemente abordada e debatida, dado o curto período transcorrido desde a promulgação da Lei 10.406 de 2002, que a acolhe, até os dias atuais.

Em segundo momento, discorrer-se-á acerca do fenômeno do superendividamento, visando, ao final, considerá-lo como motivo para a revisão dos contratos, integrando os dois temas que tanto se relacionam na prática. Deste modo, se a falência de um dos contratantes acarreta a impossibilidade de cumprimento, e se “a impossibilidade nas obrigações duradouras acarreta, se prévia, a nulidade do contrato; se superveniente, no período em que já se está adimplindo, a liberação do devedor a partir do momento que se verifica a impossibilidade”²⁴, passou-se a analisar se tal impossibilidade superveniente abrange aquela decorrente do superendividamento.

Vale destacar, já na introdução, que ao longo deste trabalho a expressão falência e falido não representam o seu uso jurídico, ou seja, da sociedade empresária, com previsão na Lei 11.101/2005, mas sim sua significação usual, isto é, como pessoa que possui o passivo maior que o ativo. Assim, quando da aplicação do termo, há que compreendê-lo como uma “falência *lato sensu*”, que engloba o falido empresário e o insolvente. Opta-se por não utilizar o termo “insolvente” com a intenção de afastar o procedimento legal que hoje lhe é aplicado, eis que este estudo busca, justamente, encontrar uma forma de recuperação do indivíduo não empresário, que se encontra com o ativo financeiro inferior ao seu passivo, portanto: falido.

Só é possível fazer esta análise hoje porque a humanização do Direito tem permitido amparar pessoas antes tidas como transgressoras. A sociedade de massa e o incentivo ao consumo desmedido, principalmente a crédito, têm promovido aumento significativo do número de endividados. Desde que bem administrado, o crédito é um fator positivo para a economia, permitindo o crescimento dos indivíduos por meio da antecipação dos rendimentos. Ocorre que, cada vez mais, a sociedade tem sentido os efeitos colaterais disto. A sociedade moderna passou a promover o endividamento sem se preocupar com as consequências disso: o superendividamento, isto é, o passivo superar o ativo de determinada pessoa física. O resultado é a crise de solvência que vemos instalada.

²⁴ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 215.

O fato é que a conjuntura nunca foi tão favorável à falência de pessoas físicas.²⁵ O comportamento hedonista do indivíduo moderno, movido por atitudes irracionais ligadas ao prazer de comprar, ato que hoje se confunde com sucesso, bem-estar, status, prestígio, é o primeiro fator. Aliado a isto, o capitalismo, baseado no consumismo, vale-se de armas como a mídia de massa para incentivar o consumo. E, por fim, a acessibilidade de crédito, quase que ilimitada, permite a realização desses desejos, mesmo para quem não tem condições de pagar por eles. A soma, portanto, resulta em significativo número de superendividados.

Isso não apenas gera superendividados ativos inconscientes (que contraem dívidas acima de sua capacidade de adimplemento em face de sua incapacidade de gerência da vida financeira pessoal), mas também agrava a situação dos superendividados passivos (que perderam o controle das finanças em decorrência de um acidente da vida), pois estes muitas vezes têm dificuldades de retomar o controle da vida financeira, pois não contam com uma poupança, já que essa não tem vez em uma sociedade fundada no consumismo.

Grande parte dos países já vem criando formas de mitigar os efeitos funestos do descontrole financeiro dos particulares, entendendo esse fenômeno como algo natural, decorrente do sistema econômico vigente. Para tanto, elaboram leis com o intuito de proteger a dignidade deste devedor e, ao mesmo tempo, viabilizar o pagamento de seus débitos. Isso se dá por meio da revisão dos pactos firmados por superendividados, reduzindo valores e parcelando as dívidas de maneira a restabelecer a vida financeira deste indivíduo.

No Brasil, não contamos com lei específica para o superendividamento. É possível, entretanto, tratar os superendividados brasileiros por meio da interpretação constitucional da legislação de que dispomos.

A visão atual do direito não mais permite a simples liquidação do patrimônio do devedor sem maiores atenções à sua dignidade. Por esse motivo, inviável a utilização do instituto da insolvência. Também a Lei de falências não pode ser aplicada, pois se destina tão somente a quem é empresário. É aí que entra a revisão dos contratos, prevista no ordenamento jurídico pátrio, por isso, este trabalho pretende demonstrar que, embora a elaboração de uma lei seja importantíssima para a organização deste tratamento, bem como para trazer meios

²⁵ Embora o empresário individual seja pessoa física e se submeta à falência, vale ressaltar que, neste trabalho, a utilização do termo “falência da pessoa física” se refere à falência pessoal de indivíduos não empresários.

preventivos de combate ao fenômeno, a principal forma de se salvar a vida financeira das pessoas físicas e suas famílias é por meio do dever de renegociação e da revisão judicial dos contratos. Ao perceber-se que não é viável o cumprimento dos contratos conforme pactuados, sem o comprometimento do mínimo para a manutenção de uma vida digna do superendividado, é necessário que se revisem os pactos por ele firmados a fim de encontrar uma forma de saldar as dívidas, restabelecer a situação financeira e, ao mesmo tempo, não ferir os direitos fundamentais do devedor.

Há que se superar a ótica moralista que busca a punição do falido por sua incompetência na gestão de suas economias e tratar o superendividamento como consequência natural em uma sociedade que incentiva o endividamento sem a verificação da capacidade de reembolso e desmerece o ato de poupar e a preocupação com o futuro em uma constante celebração do “agora”. Se mesmo pessoas jurídicas, que contam com um mínimo de conhecimento de administração do orçamento, estão salvas da possibilidade de falir, as pessoas físicas que, principalmente no Brasil, não têm qualquer conhecimento de gestão financeira estão mais suscetíveis a sofrer deste mal, notadamente porque são bombardeadas diariamente por um arsenal publicitário que incentiva a compra irrefletida, despreocupando-se com os efeitos disso.

Diante dos novos princípios do direito contratual, aquele que pretende vender a crédito tem a responsabilidade de verificar a capacidade de reembolso do tomador, pois os contratantes não são mais encarados como partes antagônicas, mas sim como parceiros que buscam um fim comum: o adimplemento do contrato e não apenas a sua celebração. Por isso, o vendedor também deve preocupar-se em atingir este objetivo, pois é do seu interesse que a outra parte cumpra aquilo com que se comprometeu. É seu, portanto, o dever de analisar o risco da concessão de crédito, e por isso o inadimplemento pode demonstrar também uma falha no trabalho realizado pelo cedente de crédito. Assim, ambos devem ser responsabilizados, aquele que forneceu crédito de maneira irresponsável deverá aceitar receber aquilo que o tomador pode pagar sem comprometer sua dignidade, e o tomador deverá esforçar-se ao máximo para adimplir sua prestação, pois também falhou²⁶ ao não gerenciar adequadamente seus rendimentos e, caso não seja viável, o cumprimento integral sem

²⁶ No caso do ativo inconsciente, já que o passivo é aquele que se superendividou em decorrência de um acidente da vida.

prejuízos graves para sua subsistência, revisado o contrato, deverá cumprir aquilo que for determinado na revisão.

Evidentemente, muitas vezes a falha maior é do devedor, pois nem sempre é viável ao credor verificar com absoluta certeza se o devedor cumprirá o pactuado. O que se irá pontuar é que o credor tome as precauções mínimas e não empreste a quem evidentemente não poderá pagar. Também por isso só se exige que o credor receba menos, ou parceladamente, enquanto do devedor segue-se exigindo o cumprimento da prestação, pois vigentes os mecanismos de cobrança. A diferença está em não exigir mais do que ele pode pagar sem comprometer sua dignidade e a de sua família, pois a constitucionalização do direito e as diretrizes constitucionais da República do Brasil não mais permitem que se execute o devedor sem o cuidado com seus direitos básicos para a sobrevivência minimamente decente. Parece cediço, não apenas no direito moderno, mas também no atual cenário evolutivo do pensamento humano, que não é certo exigir o adimplemento de uma obrigação contratual quando isto represente ferir a saúde física e mental do devedor, privando a ele - e à sua família - de alimentos, medicamentos, água, luz, entre outras necessidades básicas, como se verá no decorrer deste trabalho.

Ainda que o mero estudo da revisão dos contratos seja, por si, relevante e interessantíssimo, parece que buscar novas formas para sua aplicação é ainda mais instigante. Por meio do estudo da sociedade moderna e dos problemas que ela enfrenta hoje, pode-se dizer que a falência da pessoa física é um dos mais dramáticos, demandando uma solução, ou ao menos um enfrentamento, imediato.

Portanto, pretende-se analisar o fenômeno do superendividamento, seu histórico, conceito, características e hipóteses de incidência, bem como as formas de combate a ele. Compreendido o instituto e o impacto social acarretado, interessante analisá-lo como fundamento para a revisão de um contrato acometido de desequilíbrio decorrente da alteração das circunstâncias fáticas que o circundam.

Isto é, embora ambos os contratantes – partindo do pressuposto de que de boa-fé²⁷ – pretendam cumprir suas prestações e alcançar o fim que pretendiam quando da pactuação, muitas vezes isto não é possível.

Em outras palavras, mesmo estando cientes dos ganhos coletivos e desejosas ao submeter-se a uma restrição de comportamento, as partes podem não conseguir de fato, impor para si os termos contratuais. O problema de fazer cumprir os contratos – o que a literatura econômica denomina *enforcement* – é um dos principais elementos que define o desenho dos contratos.²⁸

Analisando sob o prisma econômico, a questão relaciona-se com perdas e danos, pois, em casos de inadimplemento, busca-se retomar o *status quo ante*. Nisto fica a dúvida: deve o insolvente indenizar?

Pode-se afirmar certamente que, se o inadimplemento é deliberado; sim, se o cumprimento era absolutamente impossível, não. Mas, se é economicamente impossível ao devedor, quando se pode dizer que este agiu com culpa e deve indenizar aquele que cumpriu sua parte no acordo? E se é impossível cumprir porque a pessoa física está falida, deve ser ela amparada como o é a pessoa jurídica com meios para viabilizar sua recuperação financeira, ou deve se considerar que tem culpa e obrigá-la a indenizar seu credor? É justo partir diretamente à insolvência, ou o direito moderno, com preocupações sociais, deve revisar as obrigações deste superendividado?

Clóvis do Couto e Silva há muitos anos já havia defendido a possibilidade de resolução dos contratos firmados pelo insolvente:

Se a impossibilidade ou insolvência ocorrer em virtude de fato não imputável ao devedor, cabendo-lhe a prova, resolvido estará o negócio jurídico. Não cabe direito formativo ao credor, porque esse não mais pode ter interesse na prestação primária ou principal, dirigindo-se sua pretensão, na hipótese de culpa de devedor, somente ao equivalente mais perdas e danos.²⁹

Relacionando a possibilidade de revisão dos contratos no Código Civil e toda a nova ótica sobre o direito contratual moderno, seria possível afirmar que a alegação de falência da economia privada de um dos contratantes pode servir de suporte para buscar dilação do prazo,

²⁷ Para um aprofundamento no tema, indispensável a leitura de: MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

²⁸ ZYLBERSZTAJN, Décio, SZTAJN, Rachel. (org.) **Direito e Economia**: Análise econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 120.

²⁹ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 152.

um parcelamento, ou até mesmo a extinção parcial da dívida. Partindo da constitucionalização do direito privado e analisando sob a ótica do direito estrangeiro, que vem permitindo tal revisão, como a experiência da lei de falências norte-americana que traz a decretação de falência da pessoa física, ou do superendividamento, fenômeno frequente nos debates europeus - e que, aqui, se aprofundará -, talvez se possam rever os conceitos do direito privado nacional e fazer mais pelos superendividados brasileiros do que simplesmente jogá-los à insolvência sem atenção ao mínimo de dignidade. O direito moderno, mais humano e iluminado pela Constituição, não mais deve permitir que se aplique a letra fria da lei até as últimas consequências, devendo trazer soluções para problemas que sempre foram ignorados pelo direito brasileiro.

PARTE I – REVISÃO DOS CONTRATOS

1 EVOLUÇÃO: DA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* À TEORIA DA IMPREVISÃO

1.1 Autonomia da vontade, conceito clássico de contrato e sua interpretação, e o dirigismo contratual

1.1.1 Princípio da obrigatoriedade dos pactos

A vontade manifestada, mais do que um elemento do contrato, é um pressuposto³⁰ fazendo parte do cerne do núcleo dos negócios jurídicos. É a obrigatoriedade da sua execução conforme o contratado que forma a base do direito contratual, devendo o ordenamento jurídico disponibilizar às partes meios para coagir o outro contratante a realizar sua prestação ou indenizá-lo. A força obrigatória dos pactos é uma necessidade política, social e econômica.³¹ A erradicação da força obrigatória dos contratos estabeleceria, portanto, o caos.

Entretanto, isso não impede que se repense este princípio a partir das novas tendências do direito contratual moderno. Portanto, “Negar a força obrigatória do contrato é proclamar sua morte, ao passo que negar a nova realidade contratual, permanecendo apegado tão-somente aos princípios clássicos em uma era sufocada pela massificação social, é fechar os olhos para uma realidade que se impõe.”³²

Enzo Roppo, renomado autor italiano, trouxe novas perspectivas sobre o direito contratual, alterando até mesmo seu prenome, passando a se chamar Vincenzo, conforme

³⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 432.

³¹ GRYNBAUM, Luc. **Le contrat contingent**. L’adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur. Paris: LGDJ, 2004. (Bibliothèque de droit privé. Tome 389) p. 64-80.

³² CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 252.

esclarece Rafael Vanzella. Roppo, em sua obra clássica intitulada “*Il contratto*”, e faz excelentes observações sobre o tema em comentário.³³

Como diz Vincenzo, a noção de vínculo contratual – que, reitera-se, se lastreia no corolário *pacta sunt servanda* – cumpre uma função que acaba por determinar o caráter institucional do contrato: se o contrato não estabelecesse vínculo, ninguém poderia contar com a certeza e a efetividade das próprias posições jurídicas subjetivas ativas contratuais, ligadas à estabilidade dos efeitos contratuais, pois todos os contratantes estariam sujeitos ao arbítrio da contraparte [*Il contratto*, 533]. Assim, a nada serviria o contrato. Estar-se-ia, então, com o enfraquecimento do *pacta sunt servanda*, diante do definitivo declínio da figura do contrato, idéia repelida por Enzo nos anos 70 do século XX [*O contratto*, 335-348]? Não, certamente. [...] tendências outras do próprio sistema, [...] em verdade, acabam por redefinir o contrato, de modo não a sucumbi-lo, e sim a revalorizá-lo.³⁴

Cabe referir que do mesmo princípio decorre o da intangibilidade dos contratos, ou seja, a proibição da modificação unilateral do que fora acordado.³⁵ Estes são dois princípios fundamentais do direito contratual, derivados da autonomia privada.

O que se verá neste trabalho são as atenuações a estes princípios que vêm surgindo ao longo dos anos.

1.1.2 Noção clássica de contrato

O conceito de contrato³⁶, propriamente, é a modalidade de ato jurídico proveniente de um acordo de vontades com a finalidade de regular as relações jurídicas privadas. Em Roma³⁷, era “o acordo de vontades (conventio), criando vínculos obrigacionais.”³⁸, entre

³³ ROPPO, Vincenzo. **Il contratto**. Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti. Milano: Giuffrè Editore, 2001.

³⁴ VANZELLA, Rafael. O contrato, de Enzo a Vincenzo. **Revista Direito GV** 2. v. 1, n. 2, jun./dez. 2005. p. 225 a 226.

³⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.376.

³⁶ Contractum é um adjetivo proveniente do latim, mais precisamente do verbo contrahere que significa “contrair”. MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 39

³⁷ Contractus no direito romano não tinha o significado de acordo de vontades, o contrato como conhecemos era conhecida como pactio conventio. Nos primeiros séculos o Direito Romano entendia como obrigação como o trabalho escravo que um cidadão prestava ao pai de família em decorrência de uma dívida. No princípio não tratava-se de um acordo, mas ao longo dos anos foi-se evoluindo no sentido de não mais o devedor se empenhar para garantir o próprio débito, passando a gozar da confiança dos credores, o que foi um salto histórico para o direito contratual. (OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p.4-5).

³⁸ SCIASCIA, Gaetano. **Sinopse de direito romano**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p.86.

tantas outras conceituações, inclusive trazidas por alguns códigos como o Italiano, no artigo 1321³⁹, Alemão⁴⁰, Francês no artigo 1101⁴¹ ou o Argentino no artigo 1137⁴². Quanto a isso, desde os romanos, não há dúvidas. A discussão reside na forma de sua interpretação, se flexível ou rígida. Este conceito, como qualquer outro, traz consigo uma carga valorativa e ideológica, e, portanto, vai se alterando com o passar dos anos.

A chamada noção clássica de contrato é aquela emergida dos ideais liberais e adotada pelas codificações do século XIX e início do século XX que entendia o contrato como o instrumento maior do direito em função de uma visão que exaltava a liberdade e o individualismo, compreendendo os pactos como lei imutável entre as partes, podendo as demais leis ou qualquer ato do Estado somente intervir nesta manifestação de vontade para garantir que seria executada, aceitando-se a extinção sem cumprimento somente nos casos de caso fortuito e força maior.⁴³ Partindo do voluntarismo e do individualismo renascentista e iluminista, a concepção clássica do contrato simplificou-o a ponto de torná-lo incompatível com a complexidade do direito contemporâneo e da realidade da vida moderna.⁴⁴

De acordo com Renato José de Moraes, a teoria moderna do direito dos contratos, que concebeu a noção clássica, tem basicamente duas fontes possíveis: o voluntarismo, criado no período escolástico pelos monges franciscanos Duns Scot e Guilherme de Ockham, teólogos e filósofos que viveram nos séculos XIII e XIV; e o consensualismo, baseado no

³⁹ “il contratto è l'accordo di due ou più parti per costituire, regolare ou estinguere tra loro um rapporto giuridico patrimoniale OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 3. A tradução é: “O contrato é o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica patrimonial.” Interessante apontar, para que não se perpetue o lapso na digitação, que Rogério Ferraz Donnini atribui este texto ao artigo 1312 do Código Civil. (DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 5. Nota 8).

⁴⁰ “Para a formação de uma relação de obrigação por ato jurídico, como para toda modificação de conteúdo de uma relação de obrigação, exige-se a existência de um contrato entre os interessados, a não ser que a lei disponha de maneira diferente” (DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p.5. Nota 7).

⁴¹ “Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne faire quelque chose.”, cuja tradução é “O contrato é uma convenção pela qual uma ou várias pessoas se obrigam junto a uma ou várias outras a dar, fazer ou não fazer alguma coisa.” (DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 5-6.)

⁴² “hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad comum, destinada a reglar sus derechos”. (OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 3).

⁴³ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 20.

⁴⁴ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 11.

humanismo jurídico da Escola Culta, inspirada na doutrina helênica do estoicismo.⁴⁵ Quanto à primeira, os mencionados monges, descontentes com a noção de Deus sustentada por Santo Tomás de Aquino – o qual entendia que, em Deus, a vontade seguia a inteligência e que, portanto, Deus agiria conforme a ideia que tinha das coisas – acreditavam que esta ideia limitava a vontade de Deus à Sua sabedoria, e que, portanto, o correto seria a concepção de que a aprovação ou não das coisas estaria em uma vontade arbitrária de Deus, e aí está o fundamento para a vontade, onde a liberdade de fato é exercida, e a conduta humana será alicerçada pelo consenso entre as manifestações volitivas das pessoas. Se algo foi querido pelas pessoas, é bom, se não o foi, é ruim, não havendo qualquer forma de contestar o querido, que ao ser querido passa a ser aprovado por Deus. Estava estabelecida a santificação da autonomia privada. A segunda fonte tem a doutrina da autonomia privada como base por entender que o ser humano livre só poderia ser obrigado mediante o seu consentimento, e a obrigação de seguir o contratado seria um dever moral sem exceções. Foi na união entre essas doutrinas que se basearam os juristas europeus da época em que se tentou sistematizar o direito, através de uma noção deste ramo do conhecimento que o aproximava das ciências naturais; período a partir do qual a autonomia privada passou a imperar.⁴⁶

Pressupunha-se, com efeito, uma separação hoje não tão nítida entre Estado e sociedade, remetendo-se a fundamentação dos atos jurídicos à vontade do indivíduo. A conceituação do contrato como ‘acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos’ é representativa desta configuração da autonomia privada como uma peça essencial na engrenagem social que impõe como contrapartida aos direitos do homem a abstenção do Estado.⁴⁷

A noção clássica somente passou a ser criticada pelos pandectistas, crítica iniciada entre intelectuais alemães, mas que ultrapassou fronteiras tornando-se conhecida na Itália. Os exemplos mais importantes são Savigny, “precursor dos estudos germânicos dos pandectos (*Pandektistik*)”⁴⁸, Puchta, Dernburg e o próprio Windscheid que, como veremos, foi o

⁴⁵ Em seu conjunto, o estoicismo divide-se em três períodos: um período antigo ou ético, um período médio ou eclético, um período recente ou religioso. O fundador da antiga escola estoica é Zenão de Citium (334-262 a.C., aproximadamente). Aos vinte e dois anos vai para Atenas, dedica-se à filosofia, freqüentando por algum tempo várias escolas e mestres, entre os quais Crates. Finalmente, pelo ano 300, funda a sua escola, que se chamou estoica, do lugar onde ele costumava ensinar: pórtico em grego, stoá. Iniciou, juntamente com a atividade didática, a de escritor. Em seus escritos já se encontram a clássica divisão estoica da filosofia em lógica, física e ética. A escola estoica média ou eclética, surge pela influência de outras escolas e para responder às objeções dessas escolas. (O PERÍODO ético. **O estoicismo**. Disponível em: <<http://www.mundodosfilosofos.com.br/estoicismo>>. Acesso em: 7 fev. 2006).

⁴⁶ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p.3-9.

⁴⁷ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 195 e 196.

⁴⁸ CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.200.

primeiro a recuperar, modernamente, a cláusula *rebus sic stantibus*. Dentre os italianos, estão Betti, Scialoja e Messineo, além do francês Saleilles, todos de fundamental importância para a modificação do conceito clássico de contrato. Logo esta noção foi atacada por doutrinas ainda mais extremadas do que o liberalismo, cujas críticas criaram teorias ainda mais distorcidas que as doutrinas liberais, como os socialismos que foram ao outro extremo para combater aqueles ideais⁴⁹. Não havia como criticar o liberalismo sem modificar drasticamente a percepção de contrato. Passou-se a perceber que não bastava que as partes fossem livres para serem consideradas iguais, que a garantia da liberdade não trazia consigo a garantia de todos os demais direitos. Percebeu-se que a parte mais fraca estaria desprotegida perante a mais forte e que não bastaria que algo tenha sido querido de forma livre e consciente para que fosse justa. No Estado Social, supera-se o voluntarismo e o formalismo⁵⁰ e se passa a perceber que a antiga visão de contrato não o faz um instrumento para o exercício pleno da autonomia privada, mas sim uma forma de congelar e escravizar a vontade, ou, nas palavras de Lacordaire: “entre o fraco e o forte é a liberdade que escraviza e a lei que liberta”.⁵¹ A liberdade deixa de ser o princípio supremo e passa a ter sua aplicação corrigida e direcionada pela igualdade.⁵² Os críticos passam a ver os acordos como uma forma de fazer o Estado evoluir e se desenvolver e não mais como objeto possuidor da simples função de garantia da liberdade individual.

Ainda assim, a ideia clássica do contrato mantém-se nos dias atuais, acredita-se porque grande parte das críticas partiram de doutrinas unilaterais que não podem servir de substituto e que quando postas em prática levaram nações à ruína em função de abusos por parte dos governos.⁵³ A teoria da imprevisão, como se estudará, parte dessa noção para criar uma exceção através de requisitos que claramente visam burlar a concepção clássica, sem alterá-la, o que ao final não passa de um remendo.⁵⁴

⁴⁹ Cita-se o marxismo e o fascismo como os mais conhecidos, além das doutrinas de Comte, Durkheim, Hegel, entre outros menos extremados que os primeiros.

⁵⁰ D’AZEVEDO, Ana Rispoli. Os novos deveres dos contratantes na perspectiva do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 285.

⁵¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.35.

⁵² OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 24.

⁵³ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 12-14 e p. 16.

⁵⁴ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 131.

1.1.3 Autonomia privada

A autonomia privada é um princípio do direito contratual pelo qual as partes são livres e possuem igualdade de condições para acordarem e para fixar as condições de cumprimento dos contratos.⁵⁵

Entende-se por autonomia da vontade, a “facultas”, a possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade. Para a realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se, e vinculam-se juridicamente, através de sua vontade.⁵⁶

Influenciados pela filosofia de Immanuel Kant, os juristas da Idade Moderna concederam à autonomia privada o posto de princípio máximo da moralidade. A vontade emanada no âmbito das relações privadas era lei absoluta entre as partes⁵⁷, não podendo haver qualquer influência do Estado, exceto em algumas situações, somente para determinar os limites das manifestações ou dar-lhes eficácia, partindo sempre do pressuposto da igualdade entre os indivíduos. Este modelo foi seguido por todos os códigos do século XIX⁵⁸, a começar pelo Código Napoleônico⁵⁹, chegando a atingir mesmo os códigos do início do século XX, como o Código Civil Brasileiro de 1916. O Poder Judiciário foi, em todos estes Códigos, considerado apenas a *bouche de la loi* (“boca da lei”)⁶⁰, devendo estritamente aplicar o que a lei determinava, como um guardião da legalidade, inclusive dos contratos, já que estes eram “lei entre as partes”.⁶¹ O valor máximo dado à vontade chegou a ponto de se ignorar a função de troca da estrutura contratual ao se afirmar que basta que algo tenha sido contratado, para que seja automaticamente justo; ideia esta, consolidada na expressão latina *qui dit contractuel*

⁵⁵ SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou teoria da imprevisão: revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989. p. 11.

⁵⁶ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 17.

⁵⁷ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 84.

⁵⁸ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A teoria da base objetiva do negócio jurídico no direito brasileiro. **Revista dos tribunais**. São Paulo, v. 655. 1990. p. 7. MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT. vol. 80, n. 670. ago. 1991, p. 43.

⁵⁹ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 200.

⁶⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 21.

⁶¹ Neste sentido o artigo 1.134 do code civil francês de 1804, vigente até a presente data; e dentre os revogados, o artigo 1.091, do Código Civil Espanhol de 1889, o artigo 702 do Código Civil Português de 1867; e no Brasil, o artigo 1.933 do Esboço de Código Civil de Teixeira de Freitas.

dit juste.⁶² O próprio *pacta sunt servanda* é fruto do pensamento oitocentista⁶³, já que, não existia nas fontes anteriores e foi tirado, nesta época, do *Digesto*, 2, 14, 1 *pr* de Ulpiano, quando diz: “*Quid enim tam congruum fidei humanae quam ea, quae inter eos placuerunt, servare?*”, isto é, “O que haverá de mais compatível com a fé humana do que respeitarem, os homens, aquilo que foi por eles pactuado?”⁶⁴, ou ainda quando, baseado na Lei da XII Tábuas: *uti lingua nuncupassit, ita jus esto*, escreve no *Digesto* 50, 17, L 23: “*hoc servabitur, quod initio convenit: legem enim contractus dedit.*”⁶⁵, que provavelmente quer dizer: “Isto preservará aquilo que virá junto com o início: o contrato, certamente, dará a lei.”⁶⁶

O Direito Privado moderno foi inteiramente calcado na autonomia privada, sendo que a vontade é o critério diferenciador da classificação que diferencia os fatos e atos jurídicos⁶⁷. Colocada no que foi denominado de *cerne* do *núcleo* dos negócios jurídicos, a manifestação de vontade está isolada no centro do centro dos contratos. Nada é mais importante do que ela neste modelo liberal.

A autonomia da vontade mais que um princípio do direito é um primado político e uma construção filosófica⁶⁸ e, por isso, o nível de importância que lhe é dada depende do momento histórico vivido.

⁶² COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A teoria da base objetiva do negócio jurídico no direito brasileiro. **Revista dos tribunais**. São Paulo, v. 655. 1990. p. 7. NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 199. CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 255.

⁶³ Por outro lado, Donnini expõe brocardo romano “*Contractus ex conventionem partium legem accipiunt.*” ou “Os Contratos são lei por convenção das partes.” DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p.14. O que de certa forma demonstra que a idéia da obrigatoriedade absoluta dos contratos já estava presente no direito romano.

⁶⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 35-36 e p. 42.

⁶⁵ SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou teoria da imprevisão: revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989. p.12.

⁶⁶ hoc (Isto) servabitur (preservará, conservará, salvará, guardará), quod(aquilo que) initio (ao início, com início) conveni (virá junto, se reunirá, se juntará, afluirá): legem(a lei) enim (certamente, sem dúvida, de fato, na realidade) contractus (o contrato) dedit (dará, fornecerá, indicará). Tradução livre, com o auxílio dos professores da PUC/RS Lívia Pythan (Direito) e Bruno Bergamim (Letras).

⁶⁷ VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia privada no código civil brasileiro e no código de defesa do consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 791, set. 2001. p. 36.

⁶⁸ “La deuxième précision tient au fait qu’historiquement l’autonomie de la volonté est un principe politique. Elle est une illustration d’un débat politique où le thème essentiel est l’intervention ou la non-intervention de l’Etat. [...] Mais l’autonomie de la volonté est avant tout – et c’est ce qui nous intéressera ici – une construction philosophique. Elle représente un idéal (...)” (no original) “A segunda afirmação se deve ao fato de que historicamente a autonomia da vontade é um princípio político. É uma ilustração de um debate político onde o tema essencial é a intervenção ou a não intervenção do Estado (...) Mas a autonomia da vontade é antes de tudo – é o que aqui nos interessa – uma construção filosófica. Ela representa um ideal (...)” (trdução livre)

Neste diapasão, embora tenha durado por muitos anos, a autonomia privada não passou incólume pelo século XX face a todas as suas perturbações. Sobreveio a Primeira Guerra Mundial, de 1914 a 1918, antes do fim desta, a Revolução Russa de 1917 e o desenvolvimento do capitalismo fizeram a história clamar pela volta da cláusula *rebus sic stantibus*, que veio de carona com as ideias sociais que se firmaram ao longo do século passado e iniciaram o século XXI cada vez com mais força.⁶⁹

Bernard Windscheid foi o primeiro a recuperar a antiga cláusula *rebus sic stantibus*, a fim de relativizar o princípio da obrigatoriedade dos contratos, quando da preparação do Código Civil Alemão, por meio de sua teoria intitulada “teoria da pressuposição”.⁷⁰ Em 1916, o Conselho de Estado da França aplicou, pela primeira vez, a um caso prático, a referida cláusula⁷¹, criando requisitos que passaram a compor a chamada “teoria da imprevisão”. O marco maior veio com a primeira positivação desta teoria através da Lei Faillot⁷², elaborada por influência do Deputado Faillot, em 21 de maio de 1918, em função da guerra, regra, portanto, de caráter transitório, permitindo a resolução, por qualquer dos pactuantes, de contratos de execução diferida ou continuada de fornecimento de mercadorias e alimentos firmados anteriormente a 1º de agosto de 1914.⁷³

Ainda hoje a concepção de autonomia privada vem se alterando. Já há correntes que entendem que a autonomia privada e a obrigatoriedade das manifestações da vontade funcionam como uma proteção não da própria vontade do declarante, mas sim da situação do declarado.⁷⁴ As correntes socializadoras do Direito vêm ganhando espaço na exegese da

CHARDIN, Nicole. **Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté**. Paris: LGDJ, 1988. p. 12.

⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT. vol. 80, n. 670. ago. 1991, p. 44. RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 43. FRANTZ, Laura Coradini. **Bases Dogmáticas para Interpretação dos artigos 317 e 478 do novo Código Civil Brasileiro**. Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2004. p. 16.

⁷⁰ Este tema será aprofundado mais adiante.

⁷¹ Acórdão de 30 de março de 1916 (Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux X Ville de Bordeaux)

⁷² O Decreto Real nº 739, de 27 de maio de 1915, na Itália, permitia a intervenção judicial dos contratos, mas ainda assim, não se trata da primeira lei a trazer a cláusula *rebus sic stantibus* ao direito positivo. Diz-se, tampouco, que a Lei Faillot é o grande marco da relativização da autonomia da vontade porque deu-se na terra dos civilistas de Napoleão, maior defensor do liberalismo.

⁷³ No capítulo do histórico voltamos a tratar desta matéria mais a fundo, fazendo aqui somente uma breve passagem a fim de situar a perda da força da autonomia da vontade no tempo.

⁷⁴ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 15.

norma realizada pelos juízes perante o caso concreto, que percebem que o direito evolui com a vida e não se queda petrificado, assim como a vontade manifestada. A jurisprudência cada vez mais acolhe a equidade como forma de adaptar a norma à realidade porque percebe que não pode cruzar os braços diante da ruína de uma das partes.⁷⁵

O próprio Código Civil de 2002 veio a tornar o contrato mais flexível, ainda que não da melhor forma. Nas palavras do mestre Arnoldo Wald, quando perguntado “Como sintetizar a evolução do contrato”:

O contrato é um instrumento de grande flexibilidade. Podemos afirmar que o nosso contrato atual é um contrato inspirado na boa-fé, de espírito dinâmico. Segundo Malaurie e Aynes, o contrato é hoje: mais ou menos obrigatório; mais ou menos oponível a terceiros; mais ou menos sinalagmático ou mais ou menos aleatório; uma nulidade ou uma rescisão é mais ou menos extensa; mais ou menos suscetível de revisão. Isso não significa ambigüidade, mas flexibilidade de acordo com as necessidades sociais e econômicas do momento.⁷⁶

A autonomia privada perdeu muito espaço desde que os juristas perceberam que:

El cumplimiento de la palabra empeñada involucra a la buena fe, a la moral, a las buenas costumbres, al derecho. Pero, en determinadas circunstancias, pretender el apego a esa palabra, vulnera esa buena fe, esa moral, esas buenas costumbres, ese derecho que se propugna defender.⁷⁷

Passou-se a compreender que os efeitos atribuídos pelas normas jurídicas à autonomia privada das partes provêm “não mais de acordo com a vontade, simplesmente, mas sim com os fins a que se propõe a ordem estatal.”⁷⁸

Ainda assim, alguns julgadores mais presos à letra legal, até 2002 insistiram em agir como “boca da lei”. Carlos Cossio fez crítica ríspida a esse respeito, quanto aos juízes que deixaram de aplicar a cláusula *rebus sic stantibus* em função de sua ausência no ordenamento jurídico argentino:

⁷⁵ Já em 1991 Anísio José de Oliveira já se posicionava neste sentido: OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 104-106.

⁷⁶ WALD, Arnoldo. O direito do desenvolvimento: eficiência e ética. **Informativo IASP**, São Paulo, n. 72, p.3-4, abr./maio 2005. p. 4.

⁷⁷ FLAH, Lily R.; SMAYESKY, Mirian Colab. **Teoria de la imprevision: aplicación y alcances**, doctrina, jurisprudência. Buenos Aires: Depalma, 1989. p.107.

⁷⁸ COSTA, Maria Aracy Menezes da. Os novos poderes/direitos oriundos do contrato no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor: vontade das partes. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 244.

Estamos desentrañando la realidad profunda a que corresponde esa timidez jurídica de los jueces argentinos, que a veces se presenta incluso como una cobardía jurídica cuando el propio juez se siente emocionalmente herido por la grave injusticia de su fallo, pero creyéndose compelido a ello por la mera letra o la significación prevalente de la ley.⁷⁹

Para finalizar, ratificam-se aqui as palavras do mestre gaúcho Clóvis do Couto e Silva no que toca à excessiva importância dada à vontade manifestada pelas partes no direito contratual:

Historicamente, o maior problema para a aplicação, e daí, também, até certo ponto, a recusa de pensar até o fim na idéia da relação jurídica como algo em que a justiça comutativa é imanente, foi o princípio da autonomia da vontade. A Ciência do Direito atual ainda não avançou muito, nem libertou-se dos postulados que nos legou o século precedente e está como que jungida ao princípio da autonomia, ao ponto até de pervertê-lo, pois tudo se procura deduzir de uma vontade, muitas vezes inexistente. Certo, como já se frisou neste trabalho, a vontade é a principal fonte de direitos e obrigações, mas não é a única.

1.1.3.1 *Dirigismo contratual*

O dirigismo contratual, expressão nascida no período entre guerras⁸⁰, é a resposta do Estado a todas as injustiças que a aplicação irresponsável da autonomia privada criou. O Estado viu-se obrigado a intervir em livres manifestações de vontade para garantir a limitação à autonomia privada, por tratar-se de uma questão de ordem pública, pois não poderia ficar inerte frente a um contrato com fins antissociais e com a finalidade de ofender as normas do convívio em sociedade. A cláusula *rebus sic stantibus* situa-se nesta área.

Conforme Orlando Gomes, “A liberdade de contratar, propriamente dita, jamais foi ilimitada. Duas limitações de caráter geral sempre a confinaram: a ordem pública e os bons costumes.”⁸¹ Estas eram as limitações à vontade das partes⁸², mas aos poucos o Estado foi percebendo que em determinadas situações havia a necessidade de intervir na economia do contrato em que pese fossem respeitadas tais exigências.

⁷⁹ COSSIO, Carlos. **La teoría de la imprevision**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961. p.11.

⁸⁰ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 7.

⁸¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 27.

⁸² NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 197.

As legislações de Licurgo e Solon, na Grécia, são os exemplos mais antigos de intervenção do Estado para solucionar crises.⁸³ “A partir de então, inverte-se substancialmente o papel do Estado, que passa a ter o *dever* de intervir na economia contratual, ensejando o chamado ‘dirigismo contratual’, vislumbrado por Jossierand, com estas palavras já na década de 30.”⁸⁴

A intervenção estatal para comandar o rumo de um acordo de vontades e proporcionar uma efetiva liberdade⁸⁵ se dá, de regra, por meio judicial (posterior a celebração do contrato, chamado dirigismo jurisprudencial), onde a lei, baseada no princípio da revisão dos contratos, dá ao juiz o poder de rever os acordos, substituindo a vontade das partes manifestada à época da contratação pela sentença. Mas há, ainda, outras técnicas utilizadas para evitar ou conter as consequências da aplicação dos dogmas individualistas⁸⁶, como as anteriores à celebração do contrato, chamadas de dirigismo legislativo. Algumas leis como a Lei da Usura, Lei de Mercado de Capitais, Lei de Proteção aos Pecuaristas, Lei de Luvas, Lei de Reajustamento Econômico, Lei da Economia Popular e os Seguros de toda a sorte, entre outras, são intervenções estatais nas relações contratuais ocorridas no Brasil, pelo meio legislativo. A última forma de intervenção pode se dar protegendo a parte mais fraca, como através dos sindicatos de classe e leis protecionistas (Lei do Inquilinato, Código de Defesa do Consumidor, etc.), ou por meio da repressão do abuso praticado pelo economicamente mais forte, proibindo o abuso do direito, o enriquecimento sem causa a lesão, e até mesmo possibilitando a revisão por fato superveniente a contratação.⁸⁷

“Superado o modelo do Estado liberal puro, alheio por completo aos problemas econômicos, pois não há mais Estado que se abduque da atuação reguladora da economia, o que variam são os níveis internos e externos dessa atividade controladora”.⁸⁸ A própria crise mundial, iniciada em 2008, decorreu basicamente por uma falha na regulação do crédito nos

⁸³ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 21.

⁸⁴ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 203.

⁸⁵ BECKER, Verena Nygaard. A categoria Jurídica dos atos existenciais: Transformação da Concepção Clássica de Negócio Jurídico. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**. – Porto Alegre, ano VII/VIII, 1973/1974. p. 20.

⁸⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 36.

⁸⁷ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 27, p. 29-30, p. 70-71.

⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 3.

Estados Unidos, o que prova que simplesmente deixar que o próprio mercado se regule sem a devida atenção dispensada pelo Estado, acarreta crises econômicas de proporções ruínas. Portanto, não há como negar que “a economia continua sendo presidida e orientada pelo Estado.”⁸⁹ E “na medida em que se faz presente o Estado no processo econômico, uma das áreas mais atingidas é o contrato.”⁹⁰ Hoje, como tem ocorrido com o governo americano e de diversos países atingidos pela crise, medidas têm sido tomadas para recuperar a economia, já que parece distante o risco de intervenções estatais exageradas, cujo prejuízo pode ser tão perigoso quanto.

Afastada a ameaça do Estado-agente econômico, com intervenção plena na produção e circulação de riquezas, em que o intervencionismo extremo conduziria ao cancelamento ou à minimização dos princípios clássicos da teoria dos contratos, remanesce o Estado Social de Direito com sua tônica voltada para o aumento crescente das normas de ordem pública para harmonizar a esfera do individual com o social.⁹¹

A concepção solidarista que vem reformando o direito, não apenas reduziu a abrangência da autonomia privada, como atingiu o próprio *pacta sunt servanda*, ou seja, o intervencionismo do Estado moderno ganha cada vez mais espaço em detrimento do princípio da obrigatoriedade dos pactos.⁹²

1.1.4 Interpretação contratual

Para que se possa interpretar corretamente um texto, seja ele uma lei ou um contrato, deve-se fixar o verdadeiro sentido da manifestação de vontade.⁹³ O antigo artigo 85 do CC de 1916 – que dava margem para a aplicação da *rebus sic stantibus* pela jurisprudência – foi ratificado pelo artigo 112 do Código Civil de 2002, que determina: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da

⁸⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais. **Revista de Direito Renovar**, n. 18. Rio de Janeiro, Renovar, set-dez. 2000. p. 11.

⁹⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais. **Revista de Direito Renovar**, n. 18. Rio de Janeiro, Renovar, set-dez. 2000. p. 12.

⁹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 3 e 4.

⁹² OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 23.

⁹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.223.

linguagem”, bem como o artigo 113 do mesmo Código, que estabeleceu a boa-fé e os costumes para nortear a interpretação dos negócios jurídicos.⁹⁴

O art. 112 do CC confirma o disposto “na célebre lição de Pothier” quando este afirma que “se deve buscar nas convenções a *intenção comum* das partes contratantes, e não o sentido gramatical dos termos”.⁹⁵

Essa interpretação pode ser feita de forma restrita, para o caso de o contrato ter se valido das expressões corretas, ou seja, condizentes com o que de fato queriam, por mais gerais que sejam, ou extensiva, para o caso do acordo dizer menos do que aquilo que os contratantes quiseram dizer, estendendo suas manifestações. Pode-se, ainda, dividir a interpretação em dois tipos: subjetiva e objetiva. A primeira visa desvendar a vontade real das partes. Os artigos supramencionados são um exemplo desta forma interpretativa. Este tipo, por buscar a intenção comum dos contraentes, é denominado *princípio de investigação da vontade real (voluntas spectanda)*. Já a interpretação objetiva tem por finalidade aclarar o sentido das declarações equivocadas, obscuras, incertas ou imprecisas. É subsidiária, pois só é aplicada caso a subjetiva não cumpra sua função. Trata-se de uma forma de interpretação diversa das normas interpretativas comuns porque não visa a esclarecer o sentido da vontade das partes, mas apresentar uma aceção hipotética da vontade tida por ambígua. É norteadado, principalmente pelo princípio da boa-fé, da conservação dos contratos e da “*extrema ratio*” (menor peso e equilíbrio das prestações).⁹⁶

A própria boa-fé objetiva, por meio de sua função hermenêutica, visa “quebrar a frieza das noções positivistas e egoísticas da autonomia da vontade no domínio do contrato [...] de modo a compatibilizá-la com os anseios éticos do meio social em que o contrato foi ajustado.”⁹⁷ Assim se buscava compreender as lacunas ao interpretar a vontade declarada à inteligência, segundo a vontade hipotética das partes, de acordo com os “padrões morais dominantes no meio social ao tempo do ajuste negocial.”⁹⁸

⁹⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 450-451.

⁹⁵ TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: A exegese da cláusula to the best knowledge of the sallahers. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 377, jan/fev, 2005. p. 241.

⁹⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 222-229.

⁹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 25.

⁹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 26.

O maior problema de um contrato interpretado através da visão clássica, baseada na autonomia privada, é que se esquecem todos estes ensinamentos e inevitavelmente se congela a vontade manifestada, sem que necessariamente as circunstâncias ao seu redor se mantenham idênticas ao momento da declaração, acarretando a chamada atipicidade diacrônica, que vem a ser “a alteração no tempo de realidade histórico-social ou da situação pressuposta pela norma: a realidade ou situação relevante no tempo do caso é diferente da que foi pressuposta no tempo da norma”.⁹⁹

Ainda no que toca à hermenêutica contratual, mister salientar que a interpretação de acordo com a boa-fé já foi muito bem resumida em alguns parágrafos que ensinam a integrar este princípio a um pacto. Falo do artigo 131 do já revogado Código Comercial (Lei nº556 de 25/06/1850) que brilhantemente determina como os contratos devem ser entendidos:

art.131 Sendo necessário interpretar as cláusulas de um contrato a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

- 1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa -fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;
- 2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas;
- 3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato;
- 4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras;
- 5 - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.”

A hermenêutica integradora é o método que possibilita a correta relação entre o conteúdo do contrato e a boa-fé, sendo que estes institutos se ligam tão fortemente que muitas vezes “quando se pensa estar fazendo interpretação integradora, em realidade o que se realiza é a aplicação do princípio da boa-fé.”¹⁰⁰

⁹⁹ NEVES, Castanheira António. **Metodologia jurídica**. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 181.

¹⁰⁰ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 34.

1.1.5 Crise na teoria do negócio jurídico

Repensar a importância da vontade nos contratos acabou por causar uma crise na Teoria do Negócio Jurídico. Esta crise¹⁰¹ surgiu da dificuldade de enfrentar os modelos modernos de contrato, muito mais massificados, com uma teoria criada para comportar contratos nos moldes liberais.¹⁰² Hoje, os contratos de consumo e de adesão, nos quais a vontade é violentamente mitigada, são cada vez mais frequentes.

A mudança no comportamento social provoca a mudança da teoria contratual desta sociedade, pois, segundo Roppo, o contrato consiste “em um conjunto historicamente mutável de regras e princípios.”¹⁰³

Os chamados contratos de adesão são amplamente utilizados diante da padronização de comportamentos na sociedade de consumo em massa, chamada de *mass consumption society* nos Estados Unidos e de *Konsumgesellschaft* na Alemanha¹⁰⁴. No Direito do Consumidor chega a ser a regra, “transformando a autonomia privada em exceção”.¹⁰⁵ Vale frisar que a simples liberdade de aceitar os termos de um contrato não é suficiente para se afirmar que há liberdade contratual, já que esta somente está presente quando se verificam dois elementos, segundo Ruy Rosado de Aguiar Jr.,: “(a) pela decisão de celebrar ou não o contrato; e (b) pela configuração interna que se quer dar à avença, com a escolha de suas cláusulas”¹⁰⁶.

Os próprios contratos cotidianos, fruto das sociedades massificadas, demonstram a falha na teoria clássica que trata do assunto. Sob muitas denominações, os chamados “atos

¹⁰¹ Chamada de nova crise do contrato. MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 18.

¹⁰² COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 22 a 27.

¹⁰³ VANZELLA, Rafael. O contrato, de Enzo a Vincenzo. **Revista Direito GV** 2. v. 1, n. 2, jun./dez. 2005. p. 222.

¹⁰⁴ SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing**: uma abordagem jurídica do marketing empresarial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 113.

¹⁰⁵ LEONI, Guilherme Loria. Aspectos legais do contrato de adesão. **Revista jurídica da Universidade de Franca**. Franca: Universidade de Franca. V. 6, n. 11, 2003. p. 87.

¹⁰⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais. **Revista de Direito Renovar**, n. 18. Rio de Janeiro, Renovar. set-dez. 2000. p. 12.

existenciais”¹⁰⁷, “atos de tipicidade trafica”¹⁰⁸, “relações contratuais de fato”¹⁰⁹ (*faktische Vertragsverhältnisse*)¹¹⁰ ou “conduta social típica”¹¹¹, nada mais são do que aqueles pactos firmados diariamente para atender as necessidades básicas sem maiores formalismos. Exemplo comum é a compra realizada por incapazes, e não apenas de sorvetes (o que também serviria de exemplo), mas mesmo as compras com valores mais expressivos realizadas na internet.¹¹² Ainda que contem com o consentimento dos pais, isso não resta expresso nos contratos, mas nem por isso se anulam tais acordos celebrados no comércio eletrônico. Tais comportamentos são comuns nas relações jurídicas de consumo e não levam em conta somente a vontade das parte, o que se torna ainda mais evidente nos contratos que têm como objeto um bem essencial, pois não há como falar em vontade (querer ou não) quando se trata de luz, água, etc.

Assim, embora o tráfico de massas e os contratos padronizados que trazem acordos, onde não se considera que a vontade seja a parte mais importante do pacto, sejam cada vez mais frequentes, a teoria clássica insiste em reafirmar o voluntarismo contratual. Ora, não se pode manter a visão de que o negócio jurídico é instrumento da autonomia privada quando o volume e o modelo das transações fazem com que não se leve em conta somente a vontade das partes.

¹⁰⁷ denominação de Clóvis do Couto e Silva traduzindo o termo alemão Daseinsvorsorge (COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 91 e 92.)

¹⁰⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 38. p. 30.

¹⁰⁹ Ou ainda “comportamentos sociais típicos” que conteria o “contato social” e as “relações obrigacionais duradouras”. VIEIRA, Iacyr de Aguilar. A autonomia privada no código civil brasileiro e no código de defesa do consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 791, set. 2001. p. 46.

¹¹⁰ HAUPT, Günter. **Über Faktische Vertragsverhältnisse**. In Festschrift für Siber, Leipzig, 1943, p. 1-35. Apud FRADERA, Vera Maria Jacob de. **Superposição de contratos**. Palestra proferida na FGV de São Paulo, s/d. No Prelo. p. 14. Nota 27. e FRADERA, Vera Maria Jacob de. O valor do silêncio no novo Código Civil. **Aspectos controvertidos do Novo Código Civil**: Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. Revista dos Tribunais, 2003. p. 579. Nota 58. Pontes de Miranda cita a edição de 1941 em MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 38. p. 30 com bibliografia completa na p. 397.

¹¹¹ como denominou Karl Larenz com a expressão sozialtypisches Verhalten (“ [...] las obligaciones pueden nacer: de los negocios jurídicos de la conducta social típica de hechos legalmente reglamentados y, finalmente y por excepción, de un acto de soberanía estatal con efectos constitutivos en materia de Derecho privado [...]” LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, v. 1. p. 55.) ou “comportamento social típico” como traduzem Cesar Santolim em SANTOLIM, César Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 55, jul./set.. 2005. p. 59. e Vera Fradera em FRADERA, Vera Maria Jacob de. O valor do silêncio no novo Código Civil. **Aspectos controvertidos do Novo Código Civil**: Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. Revista dos Tribunais, 2003. p. 580. e FRADERA, Vera Maria Jacob de. **Superposição de contratos**. Palestra proferida na FGV de São Paulo, s/d. No Prelo. p. 14.

¹¹² SANTOLIM, César Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 55, jul./set. 2005.

Neste diapasão, o CC de 2002 traz maior valoração à confiança das partes ao fundar suas noções básicas na função social dos contratos, na boa-fé, nos bons costumes, etc.¹¹³, “sempre visando atingir o equilíbrio e a equidade contratual (*Vertragsgerechtigkeit*), por meio do combate [...] à onerosidade excessiva (arts. 4º, I, III, 6º, 51, IV e § 1º, do CDC e 156, 157, 317, 478, 479 e 480 do CC/2002) [...].”¹¹⁴

No que toca à nova visão do adimplemento contratual, interessantes as ponderações de Rafael Vanzella:

[...] a sociedade e a economia globalizadas exigem um contrato cuja flexibilidade superponha-se aos valores de certeza e estabilidade [*Il contratto del duemila*, 7]. Reaparece, revigorada pela análise econômica do direito, a teoria da *efficient breach*: o contrato não mais constitui obrigação de adimplir, senão um poder (formativo) de escolha entre adimplir e não-adimplir/ ressarcir; respeitar ou violar deveres (relativos) contratuais torna-se indiferente do ponto de vista axiológico, mas relevante se se aprecia sua conveniência econômica, pois neste caso é privilegiada a opção que garanta a melhor alocação de recursos [*Il contratto del duemila*, 7].

Seria o fim do corolário do direito dos contratos *pacta sunt servanda*, em que o aspecto moral se sobressai? Enzo não chegou a enveredar sua análise nessa direção; deteve-se no significado ideológico – e nas alterações – dos temas da liberdade de contratar, da igualdade jurídica dos contratantes, da autonomia da vontade, da teoria da vontade. Não deixou de afirmar, porém, que a descoberta do sentido oculto em tais dogmas do direito contratual liberal levava à admissão de que o contrato (e os dogmas do direito dos contratos) não passava de mecanismo objetivamente essencial ao funcionamento de todo o sistema econômico [*O contrato*, 25]. A própria noção de autonomia privada, sucedânea à noção de autonomia da vontade, já indicava que a supremacia da vontade individual cedera lugar à legitimação da liberdade econômica, da liberdade de prosseguir no lucro ou de atuar seguindo as conveniências de mercado. As transformações no direito dos contratos caminhavam, pois, menos na linha de uma adaptação ética do que naquela da necessidade de torná-lo mais funcional às novas condições do capitalismo [*O contrato*, 310-311]. Todavia o corolário *pacta sunt servanda* não era relativizado, senão reforçado, porquanto revelava que o respeito aos compromissos assumidos seria pressuposto para que as operações econômicas se desenvolvessem conforme uma lógica própria, de modo a viabilizar e não frustrar os cálculos dos agentes econômicos [*O contrato* 24-25].

Para Vincenzo, porém, não precisamente o fim, mas sim a relativização do *pacta sunt servanda* é o cerne do “novo paradigma contratual”. Como Enzo, também em tema de proteção do contratante mais fraco, assume esta como um dado normativo imposto não somente por questões de equidade e justiça, mas sobretudo pela tutela do próprio funcionamento do mercado: empresários eficientes devem prevalecer não pelo abuso de posição dominante, e sim pelo melhoramento da qualidade e diminuição do preço dos produtos, pela inovação tecnológica, pela redução dos

¹¹³ MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 21.

¹¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 29.

custos internos e pela racionalização dos processos produtivos e distributivos [*Il contratto*, 904].¹¹⁵

Deste modo, a relativização da obrigatoriedade dos pactos pode se relacionar tanto com a redução da importância da autonomia privada quanto com a visão econômica do inadimplemento que o vê como uma opção. A obrigatoriedade inflexível é um dogma da economia liberal. Se ao contratante parece vantajoso deixar de cumprir o contrato e bancar os custos do inadimplemento, é assim que deve agir. Esta forma não se aplica ao tema em estudo, pois aqui se trata de quem gostaria, mas não consegue cumprir o contrato. Parece importante, no entanto, registrar esta posição, pois ela demonstra o quanto o *pacta sunt servanda* vem perdendo força nestes novos paradigmas contratuais.

1.2 Histórico

A revisão de contrato por fato superveniente à sua celebração, embora não haja unanimidade, remonta à Lei 48 do Código de Hammurabi¹¹⁶, um dos mais antigos documentos jurídicos já encontrados, descoberto pelas escavações de Jean Marie Morgan, em 1901¹¹⁷, decifrado e traduzido para a língua italiana por Bonfonte.¹¹⁸ Grafada em uma rocha, muitos anos antes da era Cristã, apresenta o seguinte texto:

¹¹⁵ VANZELLA, Rafael. O contrato, de Enzo a Vincenzo. **Revista Direito GV** 2. v. 1, n. 2, jun./dez. 2005. p. 223 e 224.

¹¹⁶ Entre 1750 e 1600 a.c., “Hammurabi, da Babilônia, reúne o país em um único e próspero reino”, libertando-se, por volta de 1600 a 1000 a.c. da dominação cassita, juntando-se com a Assíria, ao norte, fortalecendo-se como capital intelectual, período em que a Babilônia mais “propaga suas obras e descobertas”, dentre elas o referido código. (IBAÑES, Mirian. Esplendor e sombra. **História viva grandes temas: Mesopotâmia**. São Paulo, [s.d.] (Edição especial temática n. 6) p. 7). Aos poucos o rei Hammurabi (1792 a 1750 a.c.) com uma “hábil política militar e diplomática” transformou o pequeno principado na capital de um reino tomando as terras de todos os “poderosos vizinhos” finalizando a dominação com a “tomada de Mari no 33º ano de seu reinado em 1760”. No entanto, sua maior obra legislativa, o Código de Hammurabi não manteve-se vigente por muito tempo, pois “pouco depois de sua morte, uma grave crise econômica levou ao enfraquecimento e posteriormente à ruína do império”. (LAFONT, Bertrand. O poder, a sangue e fogo. Tradução de Alexandre Agaleiti Fernandes. **História viva grandes temas: Mesopotâmia**. São Paulo, [s.d.] (Edição especial temática n. 6) p. 49).

¹¹⁷ Não esquecendo do Código de Ur-Nammu de aproximadamente 2.040 a.c. e das Leis de Eshnunna de cerca de 1930 a.c. RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 49.

¹¹⁸ CARDOSO, Débora Rezende. O fim negativo do contrato no Código Civil de 2002: resolução por onerosidade excessiva. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 534.

Se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta de água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano.¹¹⁹

Há que se frisar que tal situação, nas palavras de Regina Beatriz dos Santos, “se aproximava muito mais do caso fortuito do que da teoria da imprevisão”.¹²⁰

Interessante salientar que no monolito de Hammurabi - monumento talhado em basalto de 2,25 metros de altura que traz a figura do rei Hammurabi recebendo as leis de Shamash, deus do Sol e da Justiça, que hoje se encontra no Museu do Louvre, em Paris e no qual se encontram os 282 artigos do Código -, está escrito: “Para proclamar o direito no país/ Para eliminar o mau e o perverso/ Para que o forte não oprima o fraco”, isto é, já havia, no mencionado Código, a intenção de proteger aquele que se encontrasse em situação de debilidade.¹²¹

Há ainda autores que negam seu aparecimento no Direito Romano¹²², já que este não sistematizou a revisão com base em fato posterior à contratação. Muitos outros creem,

¹¹⁹ Não há um consenso entre os autores quanto a data em que o código foi escrito. Pablo Gagliano ensina que o código remonta à 2.700 anos antes da era cristã (GAGLIANO, Pablo Stolze. **Algumas considerações sobre a teoria da imprevisão**. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2206>>. Acesso em: 2 mar. 2005. p.6-7.) Regina Papa dos Santos, Rogério Ferraz Donnini e Geraldo Ferreira Lanfredi falam em 2.300 anos antes de cristo (SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou teoria da imprevisão: revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989. p.13. DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p.14. e LANFREDI, Geraldo Ferreira. O contrato de adesão no âmbito da defesa dos direitos do consumidor. **Justitia**. São Paulo, Procuradoria Geral de Justiça, v. 181/184, 1998. p. 70.), Marc Bergé diz datar de cerca de 1780 a.c. (BERGÉ, Marc. **Brilhante como uma taça de ouro**. Tradução de Celso Pociornik. **História viva grandes temas: Mesopotâmia**. São Paulo, [s.d.] (Edição especial temática n. 6) p. 41.) e Otávio Luiz Rodrigues Junior é mais preciso quando fala em 1694 a.c. (RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 49). BUSS, Fernando. **A quebra da base do negócio jurídico nos contratos de crédito rural: fatos alheios supervenientes**. São Leopoldo, 1998. p. 42.

¹²⁰ SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou teoria da imprevisão: revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989. p. 13.

¹²¹ BERGÉ, Marc. **Brilhante como uma taça de ouro**. Tradução de Celso Pociornik. **História viva grandes temas: Mesopotâmia**. São Paulo, [s.d.] p. 41.

¹²² Dentre estes o professor Caio Mario da Silva Pereira, J. R. Vieira Netto, Washington de Barros Monteiro, Paulo Carneiro Maia, Arnaldo Medeiros da Fonseca, Eduardo Espínola, Silvio Rodrigues e tantos outros. Realmente o Direito Romano não sistematizou esta cláusula, não formulou nenhum princípio geral e somente a abordou por meio de filósofos dificilmente chegando a prática jurídica, o que se percebe ao estudar os capítulos que tratam do assunto no Direito Romano, pois Gaetano Sciascia ao estudar as divergências entre a vontade interna e a vontade externa, nem mesmo menciona a cláusula rebus sic stantibus - SCIASCIA, Gaetano. **Sinopse de direito romano**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p.36. -, bem como quando trata do inadimplemento e só menciona as espécies: por caso fortuito e por culpa, abordando os diversos tipos de culpa, e pela mora – SCIASCIA, Gaetano. **Sinopse de direito romano**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p.79 Isto se dá porque são, de certa forma, incompatíveis os ideais revisionistas e os princípios norteadores do Direito Romano: individualismo, formalismo e absolutismo. No entanto, daí a negar que a cláusula germinou

todavia, que o *ius romanum*, assim como em praticamente todo o direito atual, exerceu forte influência, a começar pelos textos do *Digesto* e do *Codex justinianeu*, onde haveria uma relativização da imutabilidade dos pactos.¹²³ Neratio, em *Digesto* XII, 4, 8,¹²⁴ ensinou que se um dos noivos não possuía idade legal para contrair núpcias, poder-se-ia ser restituído o que lhe fora dado a título de dote, desde que ainda possua idade inferior a exigida, pois caso permaneçam no estado matrimonial até que o menor atinja a idade legal, não mais será possível, bem como após ter sido consumada a conjunção carnal.¹²⁵ Mas a principal influência está nos textos de Cícero e Sêneca.¹²⁶ O primeiro, Marco Túlio Cícero, nascido em 6 de dezembro do ano de 106 a.C.¹²⁷ em Fórmia, atual Itália, leciona:

Apresentam-se-nos, muitas vezes, circunstâncias nas quais as coisas que parecem eminentemente justas, para aquele que nós chamamos homem honrado, mudam de natureza e tomam um caráter oposto. Assim, em certas ocasiões, será conforme à justiça não restituir o depósito, não cumprir a promessa, desconhecer a verdade e a fé empenhada! A alteração dos tempos e das circunstâncias levam à alteração da verdade.¹²⁸

Depois de discorrer sobre o assunto no livro I, capítulo 10¹²⁹ o texto, intitulado *De officiis ad Marcum filium*, traz exemplos quando menciona a dispensa do cumprimento contratual por um advogado que, embora contratado para patrocinar seu cliente em uma causa, não comparecera em uma audiência em função de grave enfermidade que veio a acometer seu filho. No mesmo texto, o autor aborda a escusa que merece aquele depositário de uma espada que se recusa a restituí-la por ter, o credor, se tornado inimigo e, portanto, a

nesta época há uma grande diferença, pois é sabido que a influência dos jusfilosofos que trataram do assunto neste período foi crucial para seu desenvolvimento anos mais tarde.

¹²³ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 43. RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 49-52.

¹²⁴ A redação original é: “Quo Servius in libro de dotibus scribit, si inter eas personas, quarum altera nondum ustam aetatem habeat, nuptiae factae sint, quod dotis nomine interim datum sit, repeti posse, sic intelligendum est, ut si divortium intercesserit prius, quam utraque persona justam aetatem habeat, sit eius pecuniae repetitio; donec autem in eodem habitu matrimonii permanent, non magis id repeti possit, quam quod sponsa sponso dotis nomine dederit, donec maneat inter eos adfinitas: quod enim ex ea causa, nondum coito matrimonio datur (cum sic detur, tanquam in dotem preventurum) quandiu prevenire potest, repetitio eius non est” (MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 43. Nota 21).

¹²⁵ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 50.

¹²⁶ FRANTZ, Laura Coradini. **Bases Dogmáticas para Interpretação dos artigos 317 e 478 do novo Código Civil Brasileiro**. Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2004. p. 11.

¹²⁷ E falecido em 43 a.c.

¹²⁸ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 51.

¹²⁹ SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: lei n. 8.078, de 11.9.90**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999. p.225.

usaria contra a pátria, isto é, se tornaria uma ameaça.¹³⁰ De regra, tratar-se-ia de um depositário infiel, no entanto, dada a circunstância peculiar do caso, estaria incólume a *actio depositi*. Sêneca explica, em *De beneficiis*, IV, capítulos 34 e 35, que a obrigação está ligada à permanência de um *status*.¹³¹

Africano, em XLVI, 3, 38, no Liv. 7, de *Quaestionum*, ao responder a questão de *solutionibus et liberationibus* proclama: “*tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur, si in eadem causa maneat*”¹³², explicando que, quando alguém estipula que pagará certa quantia à Tício, “Tacitamente parece que se compreendeu na estipulação se permanecesse no mesmo estado”.¹³³ Há ainda o texto de Neo em *De beneficiis*, vol IV: “*Omnia esse debent eadem quae fuerunt, cum promiterem ut promitentis fidem teneas!*” onde se lê “Tudo deve ser tal qual foi, uma vez que prometi, para que conserves a confiança do promitente”.¹³⁴

Há ainda, neste sentido, os estudos de Paulo, em XXVIII, 6, 43, a respeito da “caducidade da disposição de substituição hereditária de um filho mudo sem descendentes, que, devido à sua deficiência física, não poderia instituir herdeiros por testamento, caso ele, depois da morte do pai, tivesse casado e tido um filho”¹³⁵ e ainda na Constituição de Antonino Pio, quando permite a extinção do contrato de arrendamento nos casos de necessidade de uso pelo proprietário ou pelo uso indevido da coisa arrendada pelo arrendatário.¹³⁶ No baixo Império Romano, o *Corpus Iuris Civilis* estipulava, no *Codex* 5,1,5,4, que caso a esposa possuísse um motivo justo para arrependimento depois que já houvessem sido entregues as arras esponsalícias, estas poderiam ser devolvidas, e no *Codex* 4,65,3, permitia-se que, caso o

¹³⁰ GORDLEY, James. **Foundations of private law**: property, tort, contract, unjust enrichment. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 347. SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos**: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 97-98.

¹³¹ SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou teoria da imprevisão**: revisão contratual. Belém: Cejup, 1989. p.14.

¹³² O texto original completo diz: “Cum quis sibi, aut Titio dari stipulatus sit, magis esse ait, ut ita demum recte Titio solvi dicendum sit, si in eodem statu maneat, quo fuit, cum stipulatio interponeretur; caeterum sive in adoptionem, sive in exilium ierit, vel aqua et igni ei interdictum, vel servus factus sit, non recte ei solvi dicendum: tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur, si in eadem causa maneat.” (MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 43. Nota 22).

¹³³ SIDOU, J M Othon. **A cláusula rebus sic stantibus no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. p.8-9.

¹³⁴ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 51.

¹³⁵ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 44.

¹³⁶ SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou teoria da imprevisão**: revisão contratual. Belém: Cejup, 1989. p. 14.

proprietário necessitasse utilizar ou reparar a coisa objeto de locação, poderia reaver a coisa antes de findo o prazo estipulado no contrato.¹³⁷

As constituições de Diocleciano e Maximiliano, no *Codex*, Livro 4, título 44, leis 2 e 8 (*De rescidenda venditione*), também abordaram o assunto, no século III depois de Cristo, mais precisamente no ano de 294, quando previam a resolução de um contrato quando o vendedor de um imóvel fosse forçado a vendê-lo por preço inferior à metade de seu real valor, em decorrência de condições desvantajosas.¹³⁸

Afora todos estes precedentes, a noção de equidade sempre esteve presente no *jus gentium*, influenciando, anos mais tarde, o Cristianismo, além da aceitação dos pretores romanos das causas excludentes da casualidade, como o caso fortuito e força maior, passando a examinar a culpa do devedor.¹³⁹

Pode-se chegar à ilação de que desde um século antes de Cristo até três séculos depois de Cristo, os Romanos, por meio de seus filósofos, já estudavam a cláusula *rebus sic stantibus*, mesmo que ainda sem tal denominação.

Mesmo nos tempos mais obscuros para o Direito, quando, a fim de manter a segurança contratual, garantiam-se as dívidas com a pessoa dos devedores falidos, já havia uma distinção entre o falido doloso e o falido inocente, como destaca Cesare Beccaria, gênio do direito penal nascido em Milão, em 15 de março de 1738, e descendente de uma nobre família de Pávia¹⁴⁰, em sua obra “Dos delitos e das penas,” publicada em julho de 1764.¹⁴¹ Assim como na onerosidade excessiva, buscava-se com esta diferenciação proteger o contratante acometido por fato superveniente que o levou à falência pessoal. Este, denominado “falido inocente”¹⁴², não poderia ser “jogado numa prisão, privado do único e

¹³⁷ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 44-45..

¹³⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo código civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e; onerosidade excessiva. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 51, n. 308, p. 7-25, jun. 2003. p.21.

¹³⁹ NETTO, J. R. Vieira. **O risco e a imprevisão: duas tendências no âmbito da responsabilidade civil**. Curitiba. Juruá, 1989. p.149.

¹⁴⁰ BECCARIA, Cesare Bonesana, marchese di. **Dos delitos e das penas**. Tradução Marcílio Teixeira. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979. p. 13.

¹⁴¹ BECCARIA, Cesare Bonesana, marchese di. **Dos delitos e das penas**. Tradução Marcílio Teixeira. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979. p. 20.

¹⁴² Na segunda parte, quando da abordagem do superendividamento, o assunto será aprofundado.

triste bem que lhe sobra uma despojada liberdade”.¹⁴³ De regra, eram submetidos à escravidão até quitar o devido. Ao contrário daquele que perfidamente não cumpriu com suas obrigações. O chamado “falido doloso” deveria “ser punido com a mesma pena que é atribuída aos falsificadores de moedas, já que falsificar um pedaço de metal cunhado, que é um penhor das obrigações dos cidadãos, não é maior delito que falsificar as próprias obrigações.”¹⁴⁴

Todos estes ensinamentos, principalmente os trazidos pelos filósofos romanos, inspiraram, anos depois, durante a Idade Média, os canonistas, glosadores e pós-glosadores que, influenciados pela moral cristã, retomaram às antigas teorias, por volta do final do século XV. Quanto aos canonistas, a famosa lição da *Rerum Novarum* inspirou estudos sobre o equilíbrio dos pactos entre os católicos. Mister mencionar a Encíclica *Populorum Progressio*, n. 59, elaborada por Papa Paulo VI, cujo texto dizia:

“A lição de Leão XIII na ‘Rerum Novarum’, conserva sua validade: o consentimento das partes, se estão em situações demasiado desiguais, não basta para garantir a justiça do contrato; e a regra do livre consentimento resta subordinada às exigências do direito natural”.¹⁴⁵

Vale frisar também que - além de resgatarem a ideia de revisão por fato superveniente e, para alguns, figurar como os verdadeiros criadores desta – os canonistas mantêm a cláusula até os dias de hoje em seu Código de Direito Canônico quando este aborda a vontade no testamento.¹⁴⁶ O atual *Codex Iuris Canonici*, promulgado pelo recém falecido Papa João Paulo II, traz, no Livro V, intitulado “*De bonis Ecclesiae temporalibus*”(Dos bens temporais da Igreja), em Título IV, denominado “*De piis voluntatibus in genere et de piis foundationibus*” (Das vontades pias em geral e das fundações pias), Cân. 1310, §2º, ao determinar que caso se torne impossível cumprir a vontade do testador quanto aos valores deixados para causas pias em favor da igreja por ato “*mortis causa*”, o Ordinário (“*Cân. 1301*,

¹⁴³ BECCARIA, Cesare Bonesana, marchese di. **Dos delitos e das penas**. Tradução Marcílio Teixeira. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979. p. 95.

¹⁴⁴ BECCARIA, Cesare Bonesana, marchese di. **Dos delitos e das penas**. Tradução Marcílio Teixeira. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979. p. 94.

¹⁴⁵ SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 58.

¹⁴⁶ Pontes de Miranda explana mais a fundo sobre a rebus sic stantibus nos testamentos em: MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 56. p.178-183.

§1. *O ordinário é o executor de todas as vontades pias mortis causa ou inter vivos.*”¹⁴⁷)
 poderá reduzir os ônus à luz da equidade. Diz este dispositivo:

Cân. 1310 - § 1. Somente por causa justa e necessária, pode ser feita a redução, diminuição e comutação de disposições da vontade dos fiéis, em favor de causas pias, se o fundador tiver expressamente concedido esse poder ao Ordinário.

§ 2. Se a execução dos ônus impostos se tenha tornado impossível, sem nenhuma culpa dos administradores, pela diminuição das rendas ou por outra causa, o Ordinário, ouvidos os interessados e o conselho econômico próprio, e respeitada do melhor modo possível a vontade do fundador, poderá com equidade diminuir tais ônus, exceto a redução de missas, que é regida pelas prescrições do cân. 1308.

§ 3. Nos outros casos, deve-se recorrer à Sé Apostólica.¹⁴⁸

O primeiro glosador, Pepo, mencionado por volta do final do século XI, num processo, comentou o *Codex* e os *Institutes*. Logo depois, Irnério glosou o *Corpus iuris*, em Bolonha.¹⁴⁹ Mas os maiores e mais importantes glosadores são Accursio, Bartolomeu Di Brescia¹⁵⁰, Santo Agostinho¹⁵¹ e, principalmente, Graciano¹⁵², fundador do estudo erudito do

¹⁴⁷ “Can. 1301 - § 1. Ordinarius omnium piarum voluntatum tam mortis causa quam inter vivos executor est” (VATICANO. **Código de Direito Canônico**. Tradução CNBB, comentários Pe. Jesús Hortal, S.J. São Paulo: Loyola, 1994. p. 563).

¹⁴⁸ “Can. 1310 - § 1. Fidelium voluntatum pro piis causis reductio, moderatio, comutatio, si fundator potestatem hanc Ordinario expresse concesserit, potest ab eodem fieri ex iusta tantum et necessaria causa.

§ 2. Si executio onerum impositorum, ob imminutos redditus aliamve causam, nulla administratorum culpa, impossibilis evaserit, Ordinarius, auditis iis quorum interest et proprio consilio a rebus oeconomicis atque servata, meliore quo fieri potest modo, fundatoris voluntate, poterit eadem onera aequae imminuere, excepta Missarum reductione, quae praescripris can. 1308 regitur.

§ 3. In ceteris casibus recurrendum est ad Sedem Apostolicam.” (VATICANO. **Código de Direito Canônico**. Tradução CNBB, comentários Pe. Jesús Hortal, S.J. São Paulo: Loyola, 1994. p. 567-569).

¹⁴⁹ CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 73.

¹⁵⁰ autor da glosa “Ergo semper subintelligitur haec condicio, si res in eodem statu manserit” (SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos**: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 99. Nota 4).

¹⁵¹ Bispo de Hipona, Santo Agostinho, no século IV disse em Sermones Ad Populum, 133: “Quando autem aliud majus occurrit, quod imprevidit fidem promissionis meae, non mentiri volui, sed promissum implere non potui.” ou seja, “Se ocorre alguma coisa de maior importância que impeça a execução fiel de minha promessa eu não quis mentir, porque apenas não pude cumprir o que prometi. DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p.9. Klang ainda complementa a frase de Santo Agostinho: “não mente aquele que promete alguma coisa e não o faz, se, para isto não executar, algo sucedeu que impediu o cumprimento da promessa.” (KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 15).

¹⁵² Monge da ordem camaldoliense, falecido provavelmente antes de 1160, que lecionava na Escola de Bolonha e ministrava aulas de teologia no convento São Félix e São Nabor, na mesma cidade, foi responsável por fazer a cláusula rebus sic stantibus adentrar nas relações jurídicas por volta do século XII. Estudioso do direito da Igreja, conhecido como fundador do estudo do direito canônico, Graciano escreveu sua obra “Concordia discordantium canonum” ou “reconciliação de cânones conflitantes” que ficou conhecida como “Decretum Gratiani”, em torno do ano 1140. Compõe-se de uma compilação de decisões de concílios, chamados cânones - por isso o nome direito canônico para referir-se ao direito da igreja - e decretais, cartas interpretando ou determinando normas. (CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 85. SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou teoria da imprevisão**: revisão contratual. Belém: Cejup, 1989. p. 15).

direito canônico¹⁵³, além de Santo Tomás de Aquino, que, baseado nos estudos de Aristóteles¹⁵⁴, em sua *Summa Theologica Cura Fratrum Ordinis Preedecatorum*¹⁵⁵, entendia que nem toda mentira era pecado¹⁵⁶, pois se alguém deixa de cumprir o que prometera porque as condições das coisas se alteraram, ele deve ser perdoado¹⁵⁷, por isso o Apóstolo - referindo-se a Paulo de Tarso - não mentiu ao não ir a Corinto conforme prometera (Aos Coríntios II, cap. I) em decorrência dos impedimentos supervenientes.¹⁵⁸

Iniciada no século XI, na cidade de Bolonha, a Escola dos Glosadores visava interpretar o *Corpus Iuris Civilis*¹⁵⁹, descoberto por volta do ano de 1100, que influenciou todo o Ocidente, à exceção da Rússia e dos territórios ocupados pelos turcos, criando um Direito Medieval.¹⁶⁰ Acúrsio teria reunido, em sua *Glosa ordinária*, as glosas do *Digesto* formuladas pelos estudiosos da Idade Média. Em sua glosa, já aparecem comentários relativos a *rebus sic stantibus* quando este se refere ao texto de Neratio, já descrito acima. Acúrsio diz que a expressão *potest*, presente no texto de Neratio, não deve ser interpretada com relação ao tempo referente à vida dos noivos, mas sim se as coisas assim permanecessem, isto é, somente enquanto um dos nubentes não viesse a contrair outro matrimônio. Portanto, os glosadores estudavam basicamente o direito Romano e Canônico.¹⁶¹

No Direito Eclesiástico, percebe-se tendência a defender a cláusula *rebus sic stantibus*. Graciano, autor do *Decretum*, escreveu, em 1142: *Concordia Canonum discordantium*, valendo-se do exemplo utilizado pelo filósofo Cícero, sobre a possibilidade de

¹⁵³ Uma das maiores influências ao longo da história do direito Europeu. (CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 94).

¹⁵⁴ GORDLEY, James. **Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 338, 347 e 348.

¹⁵⁵ KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p.15.

¹⁵⁶ “The canonists concluded, after some initial hesitation, that one could not be morally obligated to do the impossible”, isto é, “Os canonistas concluíram, depois de alguma hesitação inicial, que ninguém pode ser moralmente obrigado a fazer o impossível” (tradução livre) GORDLEY, James. **Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 337.

¹⁵⁷ SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: lei n. 8.078, de 11.9.90**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 374.

¹⁵⁸ NETTO, J.R. Vieira. **O risco e a imprevisão: duas tendências no âmbito da responsabilidade civil**. Curitiba. Juruá, 1989. p. 125. Nota 428.

¹⁵⁹ Por meio de comentários chamados de Glosa, cujo significado é “palavra”.

¹⁶⁰ CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 65.

¹⁶¹ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 48-49.

o depositário não devolver espada ao dono se esse estivesse em momento de fúria, já que seria uma ameaça.¹⁶²

Foram os pós-glosadores, também chamados de comentadores ou ainda Bartolistas, que alteraram a fórmula “*rebus sic se habentibus*”¹⁶³ ou “*rebus sic seabentibus*” para a conhecida *rebus sic stantibus*, que chega à doutrina jurídica pelo Decreto Craciano¹⁶⁴, na passagem do século XV ao XVI.

Passando, portanto, aos pós-glosadores (que assim como os canonistas também lutavam pela Justiça-Social¹⁶⁵); Baldo de Ubaldis, Alciato, Tiraquello¹⁶⁶, chegando-se, através de Bartolo de Saxoferrato¹⁶⁷ - baseado na glosa ao texto de Neratio de Giovanni D’Andrea - ao já mencionado “*contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelligentur*” (os contratos a termo ou de trato sucessivo, se entendem permanecendo as coisas no mesmo estado)¹⁶⁸, frase que ficou famosa como *rebus sic stantibus* e que guarda forte semelhança com o *si in eadem causa maneat*, de Africano.¹⁶⁹

Ocorre que, apesar da solidificação da noção *rebus sic stantibus*, a contribuição restou um pouco prejudicada, já que nem os glosadores, nem os pós-glosadores, formularam uma teoria geral do contrato para que se fosse possível a aplicação prática de suas teorias.

No século XV, surge o humanismo jurídico, e, com ele, retornam as obras e teorias clássicas greco-romanas a fim de injetar um “espírito humanista” ao direito, criando a denominada jurisprudência culta ou elegante que depreciava os pós-glosadores e todos os seus estudos. O objetivo maior deste movimento era o de racionalizar o direito a ponto de torná-lo

¹⁶² Renato José de Moraes atribui equivocadamente este exemplo a Sêneca. (MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 49-50).

¹⁶³ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p.198.

¹⁶⁴ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 99.

¹⁶⁵ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 15 Nota 4.

¹⁶⁶ Autor de uma das mais importantes glosas para a matéria em estudo que dizia: “Et hoc quidem perpetuum est in omnibus actibus et dispositionibus, ut scilicet semper intelligantur rebus sic stantibus.”

¹⁶⁷ Que enunciou “quando alguém aliena o direito que tem ou pode vir a ter a alguma coisa entende-se ‘rebus sic stantibus.’” (NETTO, J.R. Vieira. **O risco e a imprevisão: duas tendências no âmbito da responsabilidade civil**. Curitiba. Juruá, 1989. p. 125. p. 126. Nota 429a).

¹⁶⁸ SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: lei n. 8.078, de 11.9.90**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 374.

¹⁶⁹ SIDOU, J M Othon. **A cláusula rebus sic stantibus no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. p.12-15.

compreensível para qualquer pessoa, inclusive leigos em direito¹⁷⁰, ideia esta que influenciou diversas doutrinas por muitos anos.¹⁷¹

André Alcito¹⁷², embora criador da escola culta, aperfeiçoou a doutrina da cláusula *rebus sic stantibus*. Nascido em 1482, na cidade de Milão¹⁷³, Alcito, que estudou em Pávia e Bolonha, onde se tornou discípulo de Jason Mayno, escreveu um texto cujo conteúdo autores posteriores consideram de uma importância ímpar para a doutrina da revisão por fato superveniente, onde diz que se o ato depende *ex voluntate unius* – da vontade de um só – os efeitos podem ser modificados caso seja provável que, se soubesse que os fatos se alterariam de tal forma, o sujeito jamais teria contratado. Caso o ato dependesse da vontade de ambas as partes, não se poderia aplicar a cláusula *rebus sic stantibus*, de regra. Contudo, se a vontade de um dos contratantes tivesse procedido em erro; se a natureza do contrato comportasse a possibilidade de modificação da vontade; quando a lei considerasse que a cláusula estaria inserta na vontade dos contratantes ou se surgisse uma alteração das circunstâncias cujas partes não tivessem se precavido; nestes casos, seria possível a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* aos contratos bilaterais. No entanto, pode-se criticar sua fórmula, pois, ao regular a aplicação da cláusula, Alcito restringiu em muito sua aplicação por limitar a casos especiais, ao invés de utilizá-la como instrumento para alcançar o justo, bem como, influenciou-se demais pelo voluntarismo. Após Alcito, praticamente todos os doutrinadores que trataram do assunto seguiram seus ensinamentos, restringindo ainda mais sua aplicação, como Mascardo, Mantica e Menochio.¹⁷⁴

Aparece, posteriormente, nas Ordenações Filipinas de 1603, no Livro IV, título XXI, intitulado “em que moedas se farão os pagamentos do que se compra ou deve”, ou seja, indica que aceitava sua aplicação quando obrigava ao vendedor aceitar qualquer moeda corrente, no valor em que fosse posta, mesmo que as partes houvessem convencionado o

¹⁷⁰ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 52-55.

¹⁷¹ Inclusive nas reformas da Déclaration des droits de l’homme, e nas Constituições francesas de 1791 e 1795, que chegou a defender a abolição da profissão de advogado, visto que o cidadão teria as informações necessárias nos códigos, estando perfeitamente apto e capaz de defender seus direitos. CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 184 e Nota 34.

¹⁷² Também chamado de “Andrea Alcito” por alguns autores.

¹⁷³ E falecido em 1550.

¹⁷⁴ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 56-58.

contrário¹⁷⁵, ou ainda no título XXIV do mesmo Livro, que ditava quais os casos em que poderia o proprietário romper o contrato com o arrendatário se algum fato novo sobreviesse, o Título XXVII tratava “*Das sterilidades*”, ao determinar que caso aquele que tivesse arrendado terra, viesse a ter seus frutos destruídos em função de catástrofe que não lhe fosse comum, ficava desobrigado a dar a renda que prometera.¹⁷⁶ E no título LXV, que previa a revogação de qualquer doação realizada entre cônjuges, caso não houvesse a consumação do matrimônio.¹⁷⁷ As ordenações que a precederam, já a acolhiam, como as Afonsinas e Manoelinas.

O Jusracionalismo no século XVII e XVIII, influenciado pelo Iluminismo, dá início à queda gradual da cláusula considerada pouco segura.¹⁷⁸ Essa doutrina servirá de ponto de partida para as ideias de que o fundamento de todos os direitos era a liberdade do homem.¹⁷⁹ Posteriormente, o Código Napoleônico, assim como o juracionalismo, tentará transformar o direito em uma ciência neutra e sistêmica, o que impede a utilização de conceitos subjetivos como equidade ou justiça, pois não se trata de noções que podem ter limites de seu conceito predeterminados, mas sim que exigem uma prudência do intérprete.¹⁸⁰ Este pensamento lógico-formal pretendeu criar um direito sem lacunas, olvidando-se que “A ciência jurídica não comporta o raciocínio matemático e somente se pode falar em ciência tomando o vocabulário ‘lato sensu’.”¹⁸¹

Finalmente, é acolhida pelas codificações em 1756¹⁸², pelo *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis* (Código Civil da Baviera), no título IV, capítulo 15, § 12, desde que presentes os seguintes elementos: ausência de culpa do devedor, imprevisibilidade do evento alterador das circunstâncias, uma alteração suficientemente forte para que se as partes

¹⁷⁵ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p.18. MAIA, Paulo Carneiro. Cláusula “rebus sic stantibus”. In: FRANÇA, R. Linangi (Org.) **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. p.129.

¹⁷⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 56.

¹⁷⁷ SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou teoria da imprevisão: revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989. p. 16.

¹⁷⁸ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 60-66.

¹⁷⁹ WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos**. 6. ed. rev., ampl. e atualizada com colaboração do professor Semy Glanz, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e com referência ao Projeto de Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 162.

¹⁸⁰ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 131.

¹⁸¹ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 79.

¹⁸² Chama a atenção o equívoco de Antônio de Almeida Santos que atribui à este Código a data de 1736. SANTOS, Antonio de Almeida. **A teoria da imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 11 Nota (1).

pudessem prever não teriam contratado.¹⁸³ Este código previu a possibilidade de reduzir a obrigação proporcionalmente à alteração dos fatos. Além dele, o Código prussiano (*Landrecht prussiano*), datado de 1774, em seu título I, capítulo V, § 377 e 378¹⁸⁴, e o Código austríaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erblande – ABGB*), de 1811, em § 936¹⁸⁵, também trouxeram a matéria em seus textos.¹⁸⁶

Em fins do século XVIII, com o domínio do mercantilismo e dos ideais liberais, a cláusula *rebus sic stantibus* entrou em total decadência nos países romano-germânicos, chegando ao total esquecimento durante o século XIX.¹⁸⁷

O liberalismo¹⁸⁸ encontrou no direito contratual uma arma para a difusão de seus pensamentos, pois nada exalta mais o individualismo do que um acordo de vontades entre

¹⁸³ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1958., p. 199. SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: lei n. 8.078, de 11.9.90. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 225-226. DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 18.

¹⁸⁴ §377. “Exceto o caso de efetiva impossibilidade, o cumprimento de um contrato, em regra, não pode ser recusado por mudança de circunstâncias” §378. “Contudo, se por imprevisível mudança se tornou impossível atingir o escopo final de ambas as partes, expressamente declarado ou resultante da natureza do ato, pode qualquer delas desistir desde que esse ato não tenha sido executado.” DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p.18. RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002. p. 56. Renato José de Moraes atribui somente ao § 377 o aparecimento da cláusula neste código MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 64. E Luis Renato Ferreira da Silva comenta sobre o Código Prussiano que em § 377 admitiu a cláusula *rebus sic stantibus*. Vale ressaltar, para evitar que se perpetue o equívoco de digitação, que o autor data este código de 1794. SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos**: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 100.

¹⁸⁵ “A estipulação pela qual se acerta concluir um contrato para prestação futura não é obrigatória senão quando tiver sido determinado na época da conclusão que as condições principais do contrato e as circunstâncias não se modificando no intervalo, de modo que o fim expressamente estabelecido ou resultante das circunstâncias resulte impossível, ou ainda, que a confiança de uma ou de outra parte se tornou destruída; em regra, o cumprimento de semelhantes promessas deve ser demandado o mais tardar dentro do ano prefixado para seu termo; caso contrário, o direito fica extinto.” RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002. p. 57. DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 19.

¹⁸⁶ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 55-59. RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002. p. 56-57. NETTO, J.R. Vieira. **O risco e a imprevisão**: duas tendências no âmbito da responsabilidade civil. Curitiba. Juruá, 1989. p. 126.

¹⁸⁷ GORDLEY, James. **Foundations of private law**: property, tort, contract, unjust enrichment. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 348; OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 59; FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 199-200; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. Rio de Janeiro: Aide, 2001. p. 153. GIANFELICI, Mario César. **La frustración del fin del contrato**. 1ª ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 20.

¹⁸⁸ Termo que só aparece em 1823. SOULIER, Gérard. **A Europa**: história, civilização, instituições. Lisboa: Instituto Piaget, [s.d.] p. 133.

duas ou mais partes que chegam a um consenso baseados na tolerância de cada um, acrescentando uma característica típica desta forma de pensamento: a ideia de que a vontade das partes sempre são antagônicas e que cabe a cada um dos contratantes buscar sua peculiar conveniência.¹⁸⁹ O maior equívoco do liberalismo está em crer que se a liberdade é assegurada, todos os demais valores e direitos estão seguros. O Estado, portanto, garantindo a defesa da liberdade particular estaria cumprindo seu papel de defensor dos direitos fundamentais. Não se trata de menosprezar os demais direitos, mas sim de acreditar que eles naturalmente virão.¹⁹⁰ Era um postulado da liberdade civil, ou seja, qualquer um pode fazer ou não fazer o que a lei não proíbe, partindo-se do pressuposto de igualdade entre as pessoas.¹⁹¹ Para entender o típico pensamento liberal, descreve-se um texto disposto em uma coletânea de redações com este teor quando diz:

Os Estados Unidos sustentam que a vida de um homem é dele por direito (o que significa: por princípio moral e por sua natureza), que um direito é propriedade de um indivíduo, que a sociedade como tal não tem direitos, e que o único propósito moral de um governo é a proteção dos direitos individuais.

[...]

Assim, para cada indivíduo, um direito é a sanção moral de um tipo positivo – de sua liberdade de agir por seu próprio julgamento, para seus próprios objetivos, por sua própria escolha voluntária, não coagida. Quanto aos seus concidadãos, os direitos de um indivíduo não impõem qualquer obrigação sobre aqueles, exceto de um tipo negativo: absterem-se de violar os direitos deste.”¹⁹²

A começar pelo Código Napoleônico, todos os códigos do século XIX eram alicerçados no liberalismo. O *Code Civile* é considerado, conforme Otávio Luiz Rodrigues Júnior, mais importante para Napoleão Bonaparte e para a História do que suas sessenta e quatro vitórias nos campos de batalha.¹⁹³ O que se confirma em seu texto escrito no exílio de Santa Helena: “Minha verdadeira glória não consiste em ter ganho quarenta batalhas; Waterloo apagará a lembrança de tantas vitórias. Aquilo que nada apagará, aquilo que viverá eternamente, é meu Código Civil.”¹⁹⁴ E tinha razão, pois mais de duzentos anos depois continua em vigor na França e influenciou praticamente todos os códigos que lhe sucederam.

¹⁸⁹ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 11.

¹⁹⁰ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 11-12.

¹⁹¹ NETTO, J.R. Vieira. **O risco e a imprevisão: duas tendências no âmbito da responsabilidade civil**. Curitiba. Juruá, 1989. p.126.

¹⁹² SOUZA, Gustavo Bücker de. Direito Natural X Direito Positivo. In. INSTITUTO DE ESTUDOS EMPRESARIAIS (Org.) **Pensamentos liberais**. Porto Alegre: Instituto de Estudos Empresariais, 2002. v. 6. p. 116-117.

¹⁹³ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 29.

¹⁹⁴ FURET, François; OZOUF, Mona. **Dicionário crítico da revolução francesa**. Tradução Henrique Mesquita. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989. p. 497.

Foi apresentado em 9 de agosto de 1793, por Cambacérès a seus colegas, em nome do Comitê de Legislação da Convenção Nacional, com o seguinte discurso:

Depois de termos caminhado por muito tempo sobre ruínas, é preciso erguer o grande edifício da legislação civil; edifício simples em sua estrutura, majestoso em suas proporções, grande em sua própria simplicidade, e ainda mais sólido porque, não sendo construído na areia movediça dos sistemas, levantar-se-á sobre a terra firme das leis da natureza e sobre o solo virgem da República.¹⁹⁵

Discurso bastante pretensioso em um país onde menos da metade dos “*cahiers* dos bailados” defendia uma reforma geral das leis ou um novo código e apenas um quarto dos mil “*cahiers* primários” gostaria de contar com um costume único em todo o território. Contudo, os juristas e filósofos foram quase unânimes em criticar os 360 costumes que dividiam o direito da França, defendendo uma simplificação através da uniformidade. Diderot escreveu: “O que vem a ser uma lei cuja justiça local e a autoridade limitada, ora por uma montanha, ora por um regato, desaparece entre os súditos de um mesmo Estado para qualquer um que atravesse o regato e a montanha” ou ainda Voltaire quando pronuncia a seguinte frase: “Existe uma única província da Europa, entre os Alpes e os Pirineus, mais de 140 povos pequenos que se dizem compatriotas, mas que na realidade são estranhos uns aos outros, como o Tonquim oriental o é para a Conchinchina”. Foram estes apoiados pela maioria dos Enciclopedistas como d’Aguesseau, Linguet com Turgot, Quesnay, Dupont de Nemours, Mably, Rousseau, dentre outros. O único que se atreveu a discordar da tese da uniformização legislativa foi Montesquieu,¹⁹⁶ que sustentava que fossem respeitadas as diferenças geográficas, já que os costumes possuíam diversas formas, porque exprimiam a vida, devendo-se, assim, analisar quais os casos em que cabia a uniformização e quais que deveriam, por sua cultura, manter os seus próprios costumes. A França era dividida em regiões chamadas *parcelles*, pequenas propriedades rurais, que possuíam sistemas variados visto que possuíam culturas variadas.¹⁹⁷

¹⁹⁵ FURET, François; OZOUF, Mona. **Dicionário crítico da revolução francesa**. Tradução Henrique Mesquita. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989. p. 491.

¹⁹⁶ Quando Furet e Ozouf consideram Montesquieu como o único, entende-se como o único autor renomado de sua época, já que como bem lembra Caenegem, anos depois, Savigny, entre outros autores importantes também se manifestaram contrariamente a elaboração de um Código. CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 20.

¹⁹⁷ FURET, François; OZOUF, Mona. **Dicionário crítico da revolução francesa**. Tradução Henrique Mesquita. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989. p. 492-494.

Mas Montesquieu não foi ouvido, e os representantes nacionais chegaram à Assembleia Constituinte, apresentando o projeto de código, chamado de projeto Cambacérès, que continha 719 artigos. Em 1794, o Comitê de Legislação elaborou um segundo projeto, apresentado em 9 de setembro daquele ano, reduzindo o código a 297 artigos. O terceiro projeto, também apresentado por Cambacérès, apareceu em junho de 1796, durante o Diretório, retomando o projeto de 1793, agora com 1104 artigos. Ainda não seria o último, pois, por circunstâncias políticas, não se chegou a discuti-lo seriamente, e o mesmo aconteceu com o projeto Jacqueminot, posterior e datado de 21 de dezembro de 1799. Decidiu-se pelo Decreto de Cónsules de 12 de agosto de 1800, que seria elaborado e levado até o fim.¹⁹⁸ Em apenas quatro meses estava concluído o projeto, passando a ser examinado pelo Tribunal de Cassation e aos Tribunaux d'Appel. Revisado e comentado, o projeto foi entregue ao *Conseil d'Etat*, presidido por Cambacérès. O próprio Imperador Napoleão Bonaparte presidiu 35 das 87 sessões que discutiram o projeto, emitindo opiniões que influenciaram a versão final do Código¹⁹⁹

As diretrizes do Código Civil Francês eram claras desde o segundo projeto:

Três coisas são necessárias e bastam para o homem em sociedade: ser dono de sua própria pessoa, possuir bens para satisfazer aquilo que necessita; poder dispor, para seu maior interesse, de sua pessoa e de seus bens. Todos os direitos civis reduzem-se, portanto, aos direitos de liberdade, de propriedade e de contratar.²⁰⁰

Por vontade política do Imperador Napoleão chegou-se à aprovação do Código que teve como principais redatores advogados ou magistrados como Fr. Tronchet, J Portalis, F. Bigot-Prémeneu, J. de Maleville,²⁰¹ Cambacérès, Berlier, Boulay, de la Meurthe, Emmerly, Galli, Réal, Thibaudeau e Treilhard, com 2281 artigos, reunidos em 36 leis.²⁰² Entre 5 de março de 1803 e 21 de março de 1804, os 36 estatutos foram aprovados.²⁰³

¹⁹⁸ FURET, François; OZOUF, Mona. **Dicionário crítico da revolução francesa**. Tradução Henrique Mesquita. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989. p. 492-495.

¹⁹⁹ CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 6-7.

²⁰⁰ FURET, François; OZOUF, Mona. **Dicionário crítico da revolução francesa**. Tradução Henrique Mesquita. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989. p. 495-496.

²⁰¹ CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 6.

²⁰² FURET, François; OZOUF, Mona. **Dicionário crítico da revolução francesa**. Tradução Henrique Mesquita. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989. p. 498-499.

²⁰³ CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 7.

O *Code civil des Français* foi aprovado em 21 de março de 1804 (Lei de 30 *Ventôse An. XII*), recebeu, em 1807, o nome de *Code Napoléon*, ou seja, Código Napoleônico, denominação esta que veio a perder após a queda de seu regime, em 1816, voltando a se chamar *Code Civil*. Anos depois, o nome *Code Napoléon* foi restabelecido por um Decreto de 27 de março de 1852.²⁰⁴

Durante todo este período, de 1793 a 1804, as faculdades de direito foram abolidas, reabrindo totalmente reformuladas depois da promulgação do Código, principalmente depois de 1808, quando recomeçou o estudo do direito. A Universidade de Órleans, apesar de contar com Pothier no seu corpo docente, não suportou a falta de alunos e teve que fechar em 1794. No século XVIII, as universidades perderam crédito depois de aprovar alunos sem exames sérios e até mesmo por venderem diplomas, literalmente. Na Universidade de Pont-à-Mousson, corria a seguinte anedota entre os professores, que “pelo menos tinham senso de ironia se não tinham rigor no ensino. Um candidato que adquirira o diploma de bacharel em direito quis também comprar um para seu cavalo; ao que a Faculdade respondeu que ‘podia conceder diplomas a burros, mas não a cavalos’”.²⁰⁵

O novo sistema contava com uma única Universidade Imperial, composta de doze faculdades de direito, sob a mesma administração que supervisionava suas disciplinas por inspetores-gerais. Depois de restabelecidas, as universidades francesas passaram a ensinar o direito civil de uma forma totalmente voltada para a visão do *Code Civile*. J.-J. Bugnet, certa vez, chegou a declarar: “Não conheço o direito civil, ensino apenas o Código de Napoleão.”²⁰⁶ Consequentemente, criou-se uma doutrina voltada à interpretação literal do código, chamada de Escola Exegética, nome dado por E. Glasson, em 1904, ao comentar o centenário do código. Essa doutrina, que predominou por todo o século XIX na França e na Bélgica, dava máxima importância para a Lei, dando uma posição subsidiária para as demais fontes do direito. Exaltava o individualismo, o direito à propriedade, o respeito excessivo à liberdade dos contratos e o papel do pai na família, enquanto ignorava a necessidade de regular o direito

²⁰⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 29, Nota 7.

²⁰⁵ CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 179. Nota 24.

²⁰⁶ CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 195.

do trabalho.²⁰⁷ Demolombe afirmou que a lei “devia ser aplicada mesmo quando não parecesse confrontar-se aos princípios gerais do direito ou da equidade”, assim como Bouckaert, entre outros. No mesmo sentido, Laurent afirmou sobre o “estatuto”: “mesmo se fosse mil vezes absurdo, ainda assim deveria ser seguido literalmente, pois o texto é claro e formal.”²⁰⁸

Logo depois, surgiram outros Códigos: O *Code de procédure civil* de 1806 entrou em vigor em 1º de janeiro de 1807 e também seguia a ideia da “disputa entre cidadãos livres e responsáveis, em que não se fazia necessária nenhuma iniciativa ou intervenção por parte da administração ou de um juiz (um princípio descrito em alemão como *Verhandlungsmaxime*)”²⁰⁹, e o *Code de commerce* de 1807, que entrou em vigor no primeiro dia do ano seguinte. Mas essa não era uma tendência somente do direito privado, em 1808 foi promulgado o *Code d’instruction criminelle* e, em 1810, um *Code Penal*. Ambos entraram em vigor em 1º de janeiro de 1811.²¹⁰ O movimento de codificações se espalhou por toda a Europa durante o século XVIII, e até hoje a importância dada aos Códigos e Leis no Direito Continental é enorme.²¹¹

Quanto à influência da doutrina liberal presente no *Code civil*, ressalta-se o seu famoso artigo 1134, onde este Código exalta o liberalismo ao determinar que: “as convenções legalmente formadas têm força de lei para aqueles que as fizeram”.²¹² O texto completo e original do artigo é: “les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux que les

²⁰⁷ CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 207-211.

²⁰⁸ CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 212.

²⁰⁹ CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.14-15.

²¹⁰ CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 7 e Nota 5.

²¹¹ Julius Kirchmann em palestra ministrada em 1848, de título “Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft”, isto é, “a desvalorização da jurisprudência como disciplina” já criticava a reverência que se faz às leis e Codificações: “três palavras de correção pelo legislador. E todas as bibliotecas de jurisprudência se tornam papel inútil.” (WIEACKER, F. **Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung**, 2. ed. Göttingen, 1967. p. 415. apud CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 245. Nota 6).

²¹² RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 29.

ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.”²¹³

Da mesma forma agiram o Código Civil Italiano de 1865²¹⁴, o Código Civil Português de 1867²¹⁵, o Código Civil Espanhol de 1889²¹⁶, e, inclusive no Brasil, em 1860, o “Esboço do Código Civil”, de Augusto Teixeira de Freitas, que determinava a condição de lei entre as partes que o contrato deveria ter em artigo 1959²¹⁷, que possuía a seguinte redação: “Os contratos válidos têm força de lei para os contratantes”.²¹⁸

Os Pandectistas como Windscheid e Dernburg, entre outros já mencionados, reativaram a defesa da cláusula *rebus sic stantibus* ao preparar o Código Civil Alemão (BGB²¹⁹), sem, contudo, lograr êxito, mesmo tendo, o primeiro, exercido forte influência na elaboração deste Código. Mas ainda assim, a Europa clamava por um direito social, visto que as ideias individualistas cada vez mais iam sendo suplantadas.²²⁰

²¹³ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 100. FRANTZ, Laura Coradini. **Bases Dogmáticas para Interpretação dos artigos 317 e 478 do novo Código Civil Brasileiro**. Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2004. p. 29.

²¹⁴ Que copiou o francês quando redigiu “I contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti.” isto é, “Os contratos legalmente formados têm força de lei para aqueles que o fizeram”. (RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 57. DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 20).

²¹⁵ No artigo 702: “Os contratos legalmente celebrados, devem ser pontualmente cumpridos; nem podem ser revogados ou alterados senão por mútuo consentimento dos contratantes, salvo as exceções especificadas em lei.” (RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 57. DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 20).

²¹⁶ Instituído por Real Decreto de 24 de julho de 1889, em artigo 1.091 dizia que “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.” (RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 58).

²¹⁷ SANTOS, Antonio de Almeida. **A teoria da imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 17.

²¹⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 57. DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 20. Nota 23.

²¹⁹ Abreviação de Bürgerliches Gesetzbuch.

²²⁰ WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos**. 6. ed. rev., ampl. e atualizada com colaboração do professor Semy Glanz, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e com referência ao Projeto de Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 163.

Na era moderna, nem as guerras napoleônicas ou o bloqueio continental fizeram ressurgir a cláusula sob estudo²²¹, mas uma guerra inevitavelmente a trouxe de volta: A Primeira Grande Guerra.²²² Encontra-se, pois, um benefício dentre todos os malefícios de uma guerra.

Embora algumas decisões anteriores à Primeira Guerra Mundial tenham aplicado a cláusula estudada, como o arresto da Corte de Cassação de Turim, de 6 de agosto de 1900²²³, foi em decorrência do caos instalado em função da Primeira Guerra Mundial que ela ressurgiu das cinzas. O mais famoso caso é o acórdão de 30 de março de 1916 entre a *Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux X Ville de Bordeaux*²²⁴, que veio a criar a hoje conhecida “teoria da imprevisão”, que, para alguns autores, seria uma roupagem moderna para a antiga cláusula medieval *rebus sic stantibus*²²⁵. Nela, permitiu-se a revisão dos preços estabelecidos em contrato administrativo de concessão de obra pública firmado entre as partes, em virtude da alta do carvão ocasionada pela guerra, o que impossibilitou que a Companhia distribuidora de gás de Bordeaux continuasse prestando o serviço para a cidade de Bordeaux, pelo mesmo preço tarifado.²²⁶ Entretanto poucos foram os casos em que esta Corte se posicionou assim. Face à insistência da Corte de Cassação em aplicar a autonomia privada mesmo frente ao desequilíbrio econômico total²²⁷, o legislativo foi obrigado a tomar providências, editando a

²²¹ SIDOU, J M Othon. **A cláusula rebus sic stantibus no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. p.23..

²²² O que comprova que, no Direito, por mais aveluscado que um tema possa estar, sempre será possível uma nova aplicação, adaptada aos dias atuais, trazendo um assunto novo. (OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. XII).

²²³ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 21 Nota 25.

²²⁴ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A teoria da base objetiva do negócio jurídico no direito brasileiro. **Revista dos tribunais**. São Paulo, v. 655. 1990. p. 8. MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT. vol. 80, n. 670. ago. 1991, p. 43. RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 45. FRANTZ, Laura Coradini. **Bases Dogmáticas para Interpretação dos artigos 317 e 478 do novo Código Civil Brasileiro**. Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2004. p. 30 e 31.

²²⁵ Voltar-se-á a abordar este assunto mais à frente quando tratarmos do surgimento da teoria da imprevisão.

²²⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo código civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e; onerosidade excessiva. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 51, n. 308, p. 7-25, jun. 2003. p. 14. AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 161.

²²⁷ Embora haja casos, como lembra Orlando Gomes, em que o Conselho de Estado francês admitiu a revisão de contratos de concessão de serviços públicos acometidos por fato imprevisível, cuja execução promovesse tamanha onerosidade que acarretaria a ruína econômica do devedor, por serem casos de interesse público, (GOMES, Orlando. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 39.), quando não se tratava de contratos administrativos a jurisprudência francesa agia conforme o caso do Canal Crapponne (arrêt du Canal Crapponne) e o arrendamento de gado (affaire du contrat dit chaptel de fer) onde não concedeu a revisão com

precursora Lei Faillot, - assim adjetivada por sua importância, já que, antes, na Itália o decreto nº 739 de 27 de maio de 1915, já determinava em seu artigo 1º, que se consideraria a guerra uma espécie de força maior. Dizia:

Para todos os efeitos do artigo 1226 do Código Civil, a guerra é considerada como caso de força maior, para exonerar o devedor das responsabilidades decorrentes dos contratos celebrados antes da data do decreto de mobilização geral, não só quando torne impossível a prestação, mas também quando acarrete excessiva onerosidade.²²⁸

Retornando à Lei Faillot, Lei que recebeu o nome de um deputado até então desconhecido de uma circunscrição central de Paris²²⁹, em seu artigo 2º, determinava a resolução dos contratos de execução continuada no tempo, celebrados antes de 1º de agosto de 1914, durante toda a guerra e três meses após seu término, se a execução acarretasse prejuízos a um dos contratantes, maiores do que o que se poderia prever.²³⁰ Permitia a rescisão do contrato - nesta época o legislador não se atreveu a falar em revisão -, aplicada posteriormente como consequência de conciliações.

São transcritos os dois primeiros artigos da Lei para melhor compreensão:

Artigo Primeiro. Na pendência da guerra, e até sua expiração, por um prazo de três meses a partir da cessação das hostilidades, as disposições excepcionais desta lei são aplicáveis aos negócios e aos contratos de caráter comercial por ambas as partes ou por uma delas somente, concluídos antes de 1º de agosto de 1914, e que consistam seja na entrega de mercadorias ou de gêneros, seja em outras prestações, sucessivas ou apenas diferidas.

Artigo Segundo. Independentemente de causas de resolução oriundas do direito comum (direito civil) ou de convenções particulares, os negócios e contratos mencionados no artigo precedente podem ser resolvidos a pedido de qualquer uma das partes, se provado que por razão do estado de guerra a execução das obrigações de um dos contratantes envolve encargos que lhe causam um prejuízo duma importância que ultrapassa de muito as previsões razoavelmente feitas à época da convenção.

A resolução será pronunciada, segundo as circunstâncias, com ou sem indenizações.

base na imprevisão. Ambos os casos estão descritos na obra de Renato José de Moraes. (MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 75-76).

²²⁸ “A tutti gli effetti dell’articolo 1226 codice civile la guerra è considerata come caso di forza maggiore non solo quando renda impossibile la prestazione, ma anche quando la renda eccessivamente onerosa, purchè l’obbligazione sia stata assunta prima della data del decreto di modificazione generale” Vale frisar que o artigo 1.226 diz respeito ao ressarcimento de danos. (DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 25).

²²⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 32-33.

²³⁰ SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão: Revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989. p. 18. MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 78.

O juiz, quando estabelecer indenizações por perdas e danos, deverá reduzir seu montante se constatar que em virtude do estado de guerra, o prejuízo ultrapassou demasiadamente aquele que os contratantes puderam prever.

Se, conforme as condições e os usos do comércio, a compra foi feita por conta e risco do vendedor, e as mercadorias não foram entregues, o montante da indenização deve se reduzido na forma da terceira alínea acima.

O juiz poderá, também, a pedido de uma das partes, determinar suspensão da execução do contrato durante um período que estabelecer.²³¹

Algum tempo depois, surgiram legislações que permitiam a revisão como forma de sanar o desequilíbrio contratual. Depois, surgiram, além de inúmeros Decretos, outras leis como as que prorrogaram as locações, de 9 de março de 1918, de 1º de fevereiro de 1926 e de 19 de junho de 1929 e as leis que permitiram a revisão dos contratos de aluguel a longo prazo, de 6 de julho de 1925, de 9 de junho de 1927, de 8 de abril de 1933 e de 12 de junho de 1933 entre outras, voltando a fazer parte das codificações em 1933 com o Código das Obrigações da Polônia, no artigo 269.²³² Em 22 de abril de 1949, foi editada uma lei muito próxima da Lei Faillot, para contratos atingidos pela Segunda Guerra Mundial. Da mesma forma, a Alemanha, frente a enorme desvalorização do marco, adota medidas para revisar os acordos destas épocas.²³³ O juiz Volkmar em sua obra “A revisão dos contratos pelo juiz na Alemanha”, entre nós traduzida por Raul Lima em 1941, aborda o tema por ocasião da Semana Internacional de Direito, ou “*Semaine Internationale de Droit*”.²³⁴ Na Inglaterra, criava-se a doutrina do *frustration of contract*, enquanto, no Brasil, a Revolução de 1930 ocasionou a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, na forma de teoria da imprevisão, pelo Decreto nº19.573 de 7 de janeiro de 1931, que tratava dos contratos de locação firmados por funcionários demitidos, que tiveram seus vencimentos reduzidos, ou funcionários públicos removidos, já que a revolução atingiu principalmente a estes.²³⁵ Na Itália, o Código Civil de 1942 acolheu a cláusula ora em estudo sob a forma de onerosidade excessiva nos artigos 1467, 1468 e 1469²³⁶, ao contrário da rigidez disposta no antigo Código de 1865. Diversas catástrofes quer sejam provenientes de fenômenos naturais, como a erupção do Vesúvio, quer

²³¹ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 45-46.

²³² FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 201.

²³³ Adentrar-se-á mais profundamente no histórico deste país quando analisadas as Teorias da Base, mais à frente.

²³⁴ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 62-66.

²³⁵ SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão: Revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989. p. 18.

²³⁶ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 83.

sejam por guerras, como a ítalo-turca, reforçaram a necessidade de seu aparecimento no direito italiano.²³⁷

Finalmente rompera-se o princípio do *pacta sunt servanda* que estava santificado no direito há tantos anos. O liberalismo bem tentou retomar seu poder no final do século XX, perdido gradativamente desde o Estado Industrial, estabelecido no início do mesmo século passado, mas não pôde muito frente às “conquistas humanas irrenunciáveis”.²³⁸

1.2.1 Aparecimento no direito brasileiro e o problema de sua aplicação nos casos de inflação

No Brasil, embora a doutrina trate do assunto há um considerável tempo, a revisão contratual por fato superveniente nunca foi bem recepcionada pela legislação, e menos ainda pela jurisprudência, nem mesmo na forma de teoria da imprevisão, modo mais restrito de aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*.

Quanto aos estudiosos, alguns autores atribuem a um Parecer de 25 de setembro de 1919, de José Castro Magalhães, a primeira aparição da cláusula *rebus sic stantibus* no Brasil. No entanto, este texto a criticava.²³⁹ Jair Lins é considerado o primeiro defensor, pois em artigo de fevereiro de 1923, baseado no artigo 85 do CC/1916, diz que a parte de um contrato não admite toda e qualquer álea, especialmente se sua admissão caracterizar um “suicídio econômico”²⁴⁰. Foi seguido por Arnaldo Medeiros da Fonseca, cuja primeira publicação remonta a 1932²⁴¹, reeditada com algumas modificações em 1943. No mesmo ano do

²³⁷ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos:** do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 108.

²³⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos:** autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002. p. 33.

²³⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos:** autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002. p. 129. Renato José de Moraes diz datar de 1920. MORAES, 2001, p. 89.

²⁴⁰ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”.** São Paulo: Saraiva, 2001. p. 91. RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos:** autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002. p. 129. PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil.** 3. ed. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 3. p. 140.

²⁴¹ Para Rogério Ferraz Donnini a construção doutrinária sobre o tema no Brasil iniciou-se a partir desta obra. DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor.** São Paulo: Saraiva, 1999. p. 200. A última edição foi publicada em 1958: FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão.** Rio de Janeiro. Forense, 1958.

lançamento da monografia de Arnaldo Medeiros da Fonseca, Artur Rocha escreveu a respeito. Cáo Mário da Silva Pereira e Osvaldo de Carvalho Monteiro também foram pioneiros em apoiar a teoria, excluindo sua aplicação aos contratos aleatórios. Além deles, Noé Azevedo também figura como um dos primeiros a abordar a cláusula *rebus sic stantibus* no Brasil.

As leis, aos poucos, vêm relativizando a regra da obrigatoriedade dos pactos, já que a Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916, ou Código Civil de 1916, seguiu preceitos voluntaristas e liberais²⁴² que inviabilizavam a aplicação da revisão por fato superveniente, e não poderia ser diferente já que seu projeto primitivo datava do século XIX, apresentado que foi em 1899.²⁴³ Márcio Klang cita como primeira aparição da cláusula *rebus sic stantibus*, na legislação pátria, a Lei 4.403, de 22 de dezembro de 1921, cujo artigo 1º, §3º, permitia a rescisão dos contratos locatícios por funcionários civis e militares removidos em virtude de suas funções. Para a maioria dos autores, foi o primeiro dispositivo legal que permitiu a rescisão de contrato de locação por funcionário público transferido, Dec. n. 19.573/31²⁴⁴, Fabiana Rodrigues Barletta trouxe uma síntese elaborada por Darcy Bessone, com base na obra de Arnaldo Medeiros da Fonseca, que traz todas as legislações de maior relevância, que possibilitaram, de uma forma ou de outra, a revisão por fato posterior a contratação:

a) Dec. n. 19.573, de 1931, permissivo da resolução ou revisão dos contratos de locação de prédios celebrados por funcionários civis ou militares, demitidos, removidos, ou cujos vencimentos houvessem sofrido redução de mais de 25% e, em cujo preâmbulo se fez expressa referência ao acolhimento, pelo Direito moderno, da cláusula *rebus sic stantibus*; b) o Dec. n. 20.632, de 1931, que autorizou a rescisão de contratos de locação de prédios ocupados pelo serviço de Correios e Telégrafos, em consequência da fusão destes serviços; c) o Dec. 24.150, de 1934, [conhecido como lei de luvas] que, regulando o instituto da renovação de arrendamento, para fins comerciais ou industriais, permitiu a revisão do preço depois de três anos de locação, se se alterarem as condições econômicas do lugar; d) o Dec.-Lei n. 4.598, de 1942; agora, também, os Decs.-Leis ns. 5169, de 1943, 6.739, de 1944, e 9.669, de 1946, proibitivo da cobrança de aluguéis superiores aos vigentes a 31 de dezembro de 1941 e permissivo da revisão dos contratos realizados posteriormente; e) o Decreto n. 23.501, de 1933 [conhecido como abolição da cláusula-ouro e de dívidas em moeda estrangeira], segundo o qual foi proibido o pagamento em ouro, disposição que alcançaria os contratos que o houvessem estipulado [o que, segundo Medeiros da Fonseca, envolveu revisão dos anteriores]; f) o Dec.-Lei n. 1.079, de 1939, que permite o pagamento de dívida hipotecária em papel-moeda nacional, ‘não obstante haver sido o respectivo valor expresso em ouro, ou em moeda estrangeira’; g) o Dec. n. 22.626, de 1933 [conhecido como lei contra a usura],

²⁴² BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. XVIII.

²⁴³ KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 46.

²⁴⁴ Luís Renato Ferreira da Silva comenta que o primeiro dispositivo seria o Decreto 19.371/31 sobre o mesmo assunto do Decreto 19.573 do mesmo ano. (SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 117).

limitativo dos juros e modificativo das condições de pagamento das dívidas garantidas, aplicável a contratos celebrados anteriormente; h) a legislação sobre reajustamento econômico- Dec. n. 23.533, de 1933; Dec. n. 23.981, de 1934; Dec. n. 24.233, do mesmo ano; Dec.-Lei n. 150, de 1937; Decs.-Lei ns. 1.172, 1.230 e 1.888, de 1934; Dec.-Lei n. 2.157, de 1940; i) Dec.-Lei n. 4.759, de 1942, concessivo de moratória; j) Dec.-Lei n. 4.171, de 1942, sobre os juros dos empréstimos a serem realizados pelas sociedades de economia coletiva; k) Dec.-Lei n. 4.294, de 1942, ‘que dilatou o prazo de vencimentos dos débitos dos profissionais adquirentes de veículos motores de passageiros e de carga’; l) Dec.-Lei n. 4.638, de 1942, relativo à rescisão de contrato de trabalho celebrado com súditos das nações com as quais o Brasil rompeu relações diplomáticas, ou se encontra em estado de beligerância.²⁴⁵

Afora a primeira tentativa de regulamentação legislativa elaborada por Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães, foi o anteprojeto do Código das Obrigações, apresentado ao então Ministro da Justiça, Dr. Francisco Campos, em 21 de janeiro do ano de 1941, que, em artigo 322²⁴⁶, adotou a cláusula *rebus sic stantibus*, mas terminou por não vingar.²⁴⁷ Da mesma forma não foi promulgado o Anteprojeto de Código das Obrigações de 1963, publicado no Rio de Janeiro pelo Departamento de Imprensa Nacional, em 1964, e revisado em 1965, de autoria de Caio Mário da Silva Pereira, que, em Título V, “Contratos”, Capítulo II, “Cessação da Relação Contratual”, Seção IV, “Resolução por onerosidade excessiva”, artigos 358 a 361²⁴⁸, previa a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* nos moldes da versão italiana, disposta no artigo 1467 do CC daquele país, possibilitando somente a resolução, ao contrário do anteprojeto anterior que previa a modificação do cumprimento da obrigação.²⁴⁹ A Constituição Federal de 1969 também é

²⁴⁵ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 64-65.

²⁴⁶ “art. 322. Quando por força de acontecimentos excepcionais e imprevistos ao tempo da conclusão do ato, opõe-se ao exato cumprimento desta dificuldade extrema com prejuízo exorbitante para uma das partes, pode o juiz, a requerimento do interessado, e considerando por equanimidade a situação dos contraentes, modificar o cumprimento da obrigação, prorrogando-lhe a termo, ou reduzindo-lhe a importância.”

²⁴⁷ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 74. RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 150. DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 73. KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 46-47.

²⁴⁸ “Art.358.Nos contratos de execução diferida ou sucessiva quando, por força de acontecimento excepcional e imprevisto ao tempo de sua celebração, a prestação de uma das partes a tornar-se excessivamente onerosa, capaz de gerar para ela grande prejuízo e para a outra parte lucro exagerado, pode o juiz, a requerimento do interessado, declarar a resolução do contrato.

A sentença, então proferida, retrotrairá os seus efeitos à data da citação da outra parte”

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

“Art. 360. Aos contratos aleatórios não tem aplicação a faculdade de resolução por onerosidade excessiva.”

“Art. 361. Não se dará, igualmente, esta resolução nos contratos em que só uma das partes tenha assumido obrigação, limitando-se o juiz, nesse caso, a reduzir-lhe a prestação.”

²⁴⁹ SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão: Revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989, p. 49. RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 152. DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva,

citada em decorrência de seu artigo 167, II, que se valia da expressão “equilíbrio econômico e financeiro”.²⁵⁰ Houve ainda outro Anteprojeto, em 1972. Publicado neste mesmo ano pelo Departamento de Imprensa Nacional, no Rio de Janeiro, a obra, atribuída a Miguel Reale, José Carlos Moreira Alves, Sylvio Marcondes, Ebert Vianna Chamoun, Agostinho de Arruda Alvim, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro, traz a resolução por onerosidade excessiva nos artigos 474 a 476²⁵¹, que foram integralmente reproduzidos no Projeto de Código Civil de 1975 que culminaria no nosso atual Código Civil²⁵². Pode-se mencionar ainda a Lei 2.699, de 1955, que permitiu o reajuste dos aluguéis de imóveis pagos por entidades filantrópicas²⁵³; a Lei 6.649, de 16 de maio de 1979, que permitiu a atualização do valor do aluguel de locação residencial celebrada antes de fevereiro de 1967, em artigo 53; a Lei 6.698, de 15 de outubro de 1979, que, em seu artigo 25, §4º e 5º, estendeu a possibilidade de revisão dos aluguéis a todas as residências após cinco anos de vigência do contrato²⁵⁴; a Lei 6.899, de 8 de abril de 1981, visava reequilibrar a economia brasileira que sofria com os mais altos índices de inflação já vistos no Brasil²⁵⁵, através da atualização monetária, pois passou a ser mais vantajoso não pagar as dívidas no vencimento e discuti-las em juízo, onde a quantia referente à dívida seria devolvida sobre o valor nominal acrescido de juros de 1% ao mês, isto é, a lei passou a manter íntegro o valor originário das dívidas até o seu efetivo pagamento²⁵⁶; a Lei do Inquilinato – Lei 8.245 de 18 de outubro de 1991 - que em artigo 19 dispõe sobre a revisão dos valores dos aluguéis²⁵⁷ e destina um capítulo exclusivo para a ação revisional de aluguel (arts. 68 a 70 desta lei), e o Código de Defesa do consumidor, em artigo 6º, V, que será

1999. p. 73-74. KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 49.

²⁵⁰ KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 57.

²⁵¹ “Art. 474. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.

Os efeitos da sentença, que a decretar, retroagirão à data da citação.

Art. 475. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 476. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.”

²⁵² KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 51-52. DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 167, Nota 3 e p. 169, Nota 10.

²⁵³ NETTO, J.R. Vieira. **O risco e a imprevisão: duas tendências no âmbito da responsabilidade civil**. Curitiba. Juruá, 1989. p. 143.

²⁵⁴ SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão: Revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989. p. 42-43.

²⁵⁵ A taxa de inflação alcançava 120% ao ano e a de desvalorização monetária cerca de 200% ao ano.

²⁵⁶ KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 60-61

²⁵⁷ “Art. 19. Não havendo acordo, o locador ou locatário, após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado.”

melhor abordado em um capítulo próprio.²⁵⁸ Até o CC de 2002, os defensores da cláusula se viam obrigados a realizar verdadeira ginástica hermenêutica para comprovar que o CC de 1916, mesmo que não permitisse expressamente a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, não disporia de dispositivo que a afastasse²⁵⁹, bem como deixava margem para sua aplicação. Para isso, citavam os seguintes artigos: 85, 401, 762, I e II, 924, 954, II e III, 1058, 1059, 1060, 1091, 1092 (2ª parte), 1131, 1190, 1205, 1214, 1246, 1250, 1383, § 1º, 1399, 1453, 1499, todos do antigo Código, ou mesmo na Lei de Introdução ao Código Civil, em artigos 4º e 5º.²⁶⁰

Finalmente, depois de apresentado em 12 de junho de 1972, ser encaminhado como projeto à Câmara dos Deputados em 1975, aprovado na Câmara Federal em 1983, publicado em redação final (só sofreu mudanças na numeração: de 474 a 476 para 477 a 479) e remetido ao Senado em 12 de julho de 1984, o Código foi aprovado em 16 de dezembro de 1997, que, de volta à Câmara, alterou a numeração de seus artigos para 478 a 480, mas sem qualquer modificação no texto desde 1972, sendo finalmente aprovado o Projeto de Código Civil 634-B, de 1975, tornando-se a Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, ou Código Civil de 2002, que adotou a teoria da imprevisão²⁶¹ literalmente²⁶², como era de se esperar depois de ter-se escrito tanto e tão bem sobre o tema.²⁶³ Um ano antes, pode-se citar, ainda, o artigo 1º, II²⁶⁴ da Medida Provisória n. 2.172-32/2001, que trazia a matéria em seu texto.²⁶⁵ Ainda em

²⁵⁸ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 65.

²⁵⁹ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 44.

²⁶⁰ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 278-279. SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos**: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 115. OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 89. SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão**: Revisão contratual. Belém: Cejup, 1989. p. 39-40. RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002. p. 130. KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 53-55.

²⁶¹ Ou da onerosidade excessiva como querem alguns. Importa é que o CC de 2002 passou a permitir a resolução por fato superveniente.

²⁶² RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002. p. 153-154.

²⁶³ SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão**: Revisão contratual. Belém: Cejup, 1989. p. 65.

²⁶⁴ “nos negócios jurídicos não disciplinados pelas legislações comercial e de defesa do consumidor, lucros ou vantagens patrimoniais excessivos, estipulados em situação de vulnerabilidade da parte, caso em que deverá o juiz, se requerido, restabelecer o equilíbrio da relação contratual, ajustando-os ao valor corrente, ou, na hipótese de cumprimento da obrigação, ordenar a restituição, em dobro, da quantia recebida em excesso, com juros legais a contar da data do pagamento indevido.”

²⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 17. ed. atual. de acordo com o novo código civil (Lei 10.406/2002). São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3: direito das coisas. p. 159.

trâmite de aprovação, havia o Projeto de Lei nº 6.960 de 2002, conhecido como Projeto Fiuza, que visava ampliar e alterar a forma de aplicação do capítulo da resolução por onerosidade excessiva.²⁶⁶

Embora a jurisprudência seja, até hoje, muito atrelada ao *pacta sunt servanda*, o primeiro julgado a se referir às teorias revisionistas foi uma sentença do então juiz Nelson Hungria²⁶⁷, da 5ª Vara Cível do Rio de Janeiro, em 27 de outubro de 1930, entre o Dr. Carlos de Castro Pacheco (autor) e a Província Carmelitana Fluminense (ré).²⁶⁸ De maneira surpreendentemente precursora, o ilustre jurista admitiu que se resolvesse uma promessa de compra e venda com base na equidade e nos princípios gerais do direito, referindo-se à tese do *Geschäftsgrundlage*, visto que o valor atribuído ao objeto do contrato – terreno de propriedade do autor - alterou radicalmente (duplicou) nos dezoito anos que se passaram entre a contratação e a execução, devido a mudanças imprevisíveis, quais sejam, os empreendimentos realizados pela prefeitura do Município do Rio de Janeiro, já que o então prefeito, Carlos Sampaio, arrasou o Morro do Castelo e valorizou a zona em que se localizava o imóvel. A sentença foi reformada em sede recursal pela 4ª Câmara da Corte de Justiça do Distrito Federal, em acórdão unânime que teve como Relator o Des. Alfredo Russel, datado de 5 de abril de 1932, e confirmado em embargos julgados em 6 de julho do mesmo ano, pela 3ª e 4ª Câmaras em sessão conjunta.²⁶⁹ Em 22.11.1935, o STF manifestou-se pela primeira vez sobre o assunto, rechaçando a aplicação da teoria, vencendo o voto do Min. Costa Manso no sentido de que “a construção de doutrinas jurídicas, não expressamente reveladas na lei positiva, jamais poderá ferir a letra da lei”²⁷⁰. Em 1938, o STF manifestou-se sobre o assunto, destacando-se o voto do Ministro Eduardo Espínola.²⁷¹, em Recurso

²⁶⁶ Esse assunto será mais bem detalhado na abordagem a ser feita ao final desta primeira parte da dissertação.

²⁶⁷ Assim como ele os demais juízes de primeira instância do antigo Distrito Federal, como Emanuel Sodré e Candido Lobo passaram a adotar esta posição inovadora. (WALD, Arnoldo. O princípio “pacta sunt servanda”, a teoria da imprevisão e a doutrina das dívidas de valor. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 22, n. 64, p. 386-394, jul. 1995. p. 389).

²⁶⁸ **Revista de Direito**, 100, p. 178.

²⁶⁹ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. XXI; SILVA, 2001, p. 117; OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 71-72; SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão: Revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989. p. 43; PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 3.ed. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 3. p. 140; MÓRO, Sandra Maria. **Revisão judicial de contratos**. São Leopoldo, 1996. p. 29.

²⁷⁰ ESPINOLA, Eduardo. A cláusula rebus sic stantibus no Direito contemporâneo. **RF**. set. 1951 Apud MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT. vol. 80, n. 670. ago. 1991, p. 44.

²⁷¹ ESPÍNDOLA, Eduardo. **Revista dos Tribunais**, n. 116, p.224 apud MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. XXI; Recurso Extraordinário. **Revista Forense**, v. 77, p.

Extraordinário que confirmou os embargos julgados pelas Câmaras Cíveis Conjuntas do Rio de Janeiro, em 27 de novembro de 1934, onde, pela primeira vez, um tribunal brasileiro manifestava-se favorável à aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*.²⁷² A partir de então, raras foram as decisões neste sentido. Somente em 1987, em julgado datado de 12 de março, uma decisão admitiu revisar um contrato por fato superveniente à sua celebração. Em discussão sobre a revisão prevista pelo artigo 31 da Lei de Luvas, então vigente, o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul - em sede de apelação, haja vista que considerada pelo juízo de primeiro grau como carecedora de ação - deferiu o pedido da locadora que pleiteou a modificação do valor do aluguel, mesmo que não transcorrido o prazo de três anos exigido pela referida lei para a proposição da ação revisional cabível, visto que, se assim não fosse, o valor tornar-se-ia insignificante.²⁷³ Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* passou a ser mais frequente.

Apesar de a jurisprudência ter, por volta de 1950, começado a aplicar a revisão, o fez sob a forma de teoria da imprevisão, o que impossibilitava a aplicação aos contratos desequilibrados em função da inflação, dada a previsibilidade desta. Por um longo período o Brasil sofreu com uma economia instável e uma inflação que corroía as diversas moedas, vendo-se o Estado obrigado a implantar reformas a fim de contê-la, por meio da edição de atos governamentais de intervenção radical na economia, tais como “Planos Cruzado I, Cruzado II, Bresser, Brasil Novo e [...] Plano Collor II”.²⁷⁴ Como não podia ser diferente, os contratos dessa época restaram desequilibrados por inúmeras vezes quando os índices da inflação extrapolavam o previsto.²⁷⁵ Tentou-se revisar judicialmente os contratos, buscando-se uma proteção do Estado para com o excessivamente onerado, já que este mesmo Estado, através de sua economia instável, causou o desequilíbrio do pacto. Contudo, sob o argumento de que, quem contrata em um país como o Brasil já deveria saber que a moeda, de tempos em

79-85 apud SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão: Revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989. p. 44.

²⁷² Recurso Extraordinário. **Revista de Direito**, v. 118, p. 220-229 apud SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão: Revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989. p. 44.

²⁷³ RT 620/205 MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 230.

²⁷⁴ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT. vol. 80, n. 670. ago. 1991, p. 42.

²⁷⁵ Judith Martins-Costa traz diversos exemplos destes casos em seu artigo. MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT. vol. 80, n. 670. ago. 1991, p. 45 a 47. FRANTZ, Laura Coradini. **Bases Dogmáticas para Interpretação dos artigos 317 e 478 do novo Código Civil Brasileiro**. Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2004. p. 36-37 e 99-100.

tempos, era acometida por uma inflação desproporcional, e que, portanto, não se tratava de fato imprevisível, não foi aceita a aplicação desta teoria a tais contratos.²⁷⁶ Entendem, os Tribunais, que por si só a previsibilidade do advento onerador – no caso, a inflação – seria suficiente para impedir a revisão. Afinal, a parte, sabendo de sua existência, deveria ter procedido de forma a evitá-la e, se não o fez, agiu com culpa. Olvidaram-se, no entanto, que “a influência dos atos do Estado no controle da economia” é um dos principais causadores da instabilidade dos contratos, e que “Essas modificações são, no geral, imprevisíveis, porquanto as autoridades governamentais nunca afirmam que se vai adotar um plano de congelamento. O Estado utiliza-se de todos os meios para criar a expectativa de que tal não sucederá, para evitar o aumento antecipado dos preços.”²⁷⁷ Como veremos mais adiante, o requisito da imprevisibilidade deveria ser totalmente dispensado para a aplicação da revisão, e esses episódios, envolvendo os surtos inflacionários, corroboram esta tese. Alguns julgados entenderam a inflação como: “fenômeno imprevisível em seus aterradores índices”²⁷⁸, o que possibilitava a revisão face à imprevisibilidade dos índices e não da inflação em si²⁷⁹, mas, de regra, não era essa a linha de raciocínio dos julgadores.

A grande vantagem das crises inflacionárias foi o fato de terem permitido a retomada da discussão sobre a cláusula *rebus sic stantibus* e demonstrado como, na prática, a teoria da imprevisão, na sua forma proposta pelos franceses, possui falhas graves, pois a exigência da imprevisibilidade do evento alterador das circunstâncias significa, na realidade, a negação da própria teoria, pois há situações de desequilíbrio de prestações mais que previsíveis, senão prováveis, como aquelas existentes em regimes de intensa inflação.²⁸⁰ A inflação também foi

²⁷⁶ Um julgado do 1º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRJ, citado na obra de Márcio Klang, foi o primeiro a decidir neste sentido, criando a figura da “inflação previsível”, como o próprio autor chama. Segue a íntegra da ementa:

“Cláusula *rebus sic stantibus* – Teoria da imprevisão. Modificadas as condições vigentes ao tempo do contrato de empreitada, de forma a provocar prejuízo para o empreiteiro, é lícito invocar a cláusula implícita *rebus sic stantibus*. Em tempos inflacionários é possível invocar a cláusula *rebus sic stantibus* se a inflação, em lento desenvolvimento, assume subitamente proporções de crise, com efeitos calamitosos, inclusive prejuízos para o construtor e este, ainda assim, alienando bens e fazendo empréstimos, cumpre a obrigação assumida.” (KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 65-66).

²⁷⁷ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A teoria da base objetiva do negócio jurídico no direito brasileiro. **Revista dos tribunais**. São Paulo, v. 655. 1990. p. 11.

²⁷⁸ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 79.

²⁷⁹ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 74-82.

²⁸⁰ KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 38-39.

responsável por trazer de volta à tona uma matéria que havia sido esquecida, em diversos países como Polônia, Hungria, Alemanha, etc.²⁸¹

Mesmo depois de contida a inflação através do Plano Real, a economia sofreu situações que desequilibraram diversos acordos. Há pouco, a enorme desvalorização do Real, em 1999, onerou diversos contratos atrelados à variação do dólar norte-americano²⁸², ou mesmo a crise financeira de 2008, que assolou o mercado internacional.

1.3 A revisão por fato superveniente no direito comparado

A fim de não estender demasiadamente este capítulo - tendo em vista que no decorrer do trabalho será abordada a forma com que os mais diversos países contemplam o assunto - embora o tema seja extremamente rico, a pesquisa ater-se-á a comentar brevemente os artigos que comportam a cláusula *rebus sic stantibus* nos países que mais influenciam o direito brasileiro e a relevância de cada um desses ordenamentos jurídicos em nível mundial.

Alguns países pertencem à corrente denominada “revisonista”. São países que adotam alguma forma de revisão ou resolução dos contratos com base em fato superveniente à sua celebração: Alemanha, Itália, Portugal, Suíça, Polônia, Argentina, Uruguai, Egito, Grécia, Espanha e outros. O Brasil passou a fazer parte desta corrente depois do CC de 2002. Outros países pertencem às correntes chamadas “antirrevisonistas”, países que não adotam, de regra, nenhuma forma de cláusula *rebus sic stantibus* no Direito Civil. Como exemplos, podem ser citados França, Bélgica e Japão, além de tantos outros. Por fim, há países que seguem o sistema *common law*, analisadas em separado em função de suas características próprias, diferentes do Direito Continental. São eles: Estados Unidos da América e Inglaterra.

²⁸¹ WALD, Arnoldo. **Obrigações e Contratos**. 6. ed. rev., ampl. e atualizada com colaboração do professor Semy Glanz, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e com referência ao Projeto de Código Civil. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983. p. 165-167.

²⁸² BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. XX. RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 165 e p. 167-169. ZAMBRANO, Guilherme da Rocha. Os novos instrumentos de equilíbrio contratual. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 357.

1.3.1 Corrente revisionista

Portugal não possuía dispositivo sobre o assunto no CC de 1867, determinando inclusive que “os contratos legalmente celebrados devem ser prontamente cumpridos [...]”²⁸³. Passou a possibilitar a resolução dos contratos de empreitada ao acrescentar um parágrafo único ao artigo 1401 do CC, através do Decreto nº. 19.126 de 1930. O atual Código de 1966²⁸⁴, embora consagre o princípio da liberdade contratual no artigo 405, o faz com muito menos rigor que o artigo 672 do antigo Código Civil Português²⁸⁵, conhecido como Código Seabra. Da mesma forma, ainda que expressamente preveja o princípio da irretratabilidade dos contratos, presente no artigo 702, e o princípio do cumprimento pontual, no artigo 406, o Código Civil vigente conta com uma visão mais social do direito e, além de diversas outras mudanças neste sentido, passou a adotar a cláusula *rebus sic stantibus* de forma exemplar na subsecção “Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias”, em artigo 437 a 439, ao estabelecer:

Art. 437. (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 afete gravemente os princípios da boa fé e não seja 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.

Art. 438. (Mora da parte lesada)

A parte lesada não goza do direito de resolução ou modificação do contrato, se estava em mora no momento em que a alteração das circunstâncias se verificou.

Art. 439. (Regime)

Resolvido o contrato, são aplicáveis à resolução as disposições da subsecção anterior.

²⁸³ Art. 702 do Código Civil Português de 1867.

²⁸⁴ Apresentado pelo então Ministro da Justiça, Prof. Antunes Varela, em 10 de maio de 1966. (SANTOS, Antonio de Almeida. **A teoria da imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 25).

²⁸⁵ SANTOS, Antonio de Almeida. **A teoria da imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 26.

Conclui-se, portanto, que a legislação portuguesa não exige a imprevisibilidade do evento alterador²⁸⁶, razão pela qual diversos autores entendem que o Código teria adotado a teoria da base do negócio jurídico como fundamento para sua redação.²⁸⁷

A jurisprudência do Tribunal Supremo da Espanha, mesmo sem disposição legal, tem-se mostrado favorável à aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, principalmente depois da guerra civil espanhola.²⁸⁸ Embora admita a ausência de dispositivo normativo específico, Mario César Gianfelici, ao traçar a evolução da matéria do direito espanhol²⁸⁹, cita o art. 895 do Código Civil, afirmando tratar da *Imposibilidad de pago*, instituto que se aproxima da onerosidade excessiva.²⁹⁰ Interessante mencionar que a doutrina de língua espanhola dedica-se também muito à chamada “frustração do fim do contrato” que se aproxima da ideia de onerosidade excessiva. Conforme o mesmo supramencionado autor:

La frustración del fin del contrato constituye una figura que, en el sistema jurídico contractual, se ubica en un mismo plano que la imposibilidad sucesiva de la prestación (imposibilidad de pago) y la excesiva onerosidad sobrevenida. En efecto, todas ellas son supuestos en los que un contrato válidamente celebrado deviene ineficaz, en razón de que un cambio de las circunstancias imperantes al momento de la celebración del mismo incida en alguna de sus prestaciones.²⁹¹

Desse modo, trata-se da revisão em função da impossibilidade de se atingir a finalidade comum do contrato e não uma finalidade particular, ou seja, de uma só das partes. Trata-se de prestação possível, porém inócua, eis que não há como alcançar o objetivo de

²⁸⁶ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 29-30. AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 149, Nota 289 e p. 163-164. VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 469. RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 65-66.

²⁸⁷ O próprio artigo 252 do CC português fala em “base do negócio”. SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 67-68. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil**. - Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 38. Contudo, como veremos mais adiante, há controvérsias quanto ao fato de a teoria da base do negócio não exigir a imprevisibilidade.

²⁸⁸ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 162. SIDOU, J M Othon. **A cláusula rebus sic stantibus no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. p. 36. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil**. - Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 39.

²⁸⁹ O autor aborda ainda dos projetos que visam alterar o tratamento deste assunto na Espanha. GIANFELICI, Mario César. **La frustración del fin del contrato**. 1ª ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 143 a 154.

²⁹⁰ GIANFELICI, Mario César. **La frustración del fin del contrato**. 1ª ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 143.

²⁹¹ GIANFELICI, Mario César. **La frustración del fin del contrato**. 1ª ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 19.

ambas as partes. Diferencia-se da revisão por onerosidade excessiva porque não exige que haja onerosidade exacerbada da prestação de uma das partes.²⁹²

Na Itália, o Código Civil promulgado por decreto de 25 de junho de 1865 foi fortemente influenciado pelo modelo francês e, portanto, não cogitou do instituto da resolução por onerosidade excessiva, e menos da revisão com este fundamento. No entanto, no início do século XX, quando ainda não havia dispositivo a respeito no CC italiano, as Cortes já admitiam a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* nos casos de calamidades. Como já mencionado, este país foi o primeiro a adotá-la legalmente através do Decreto-Lei nº. 739/15. Em 1942, embora mantivesse o princípio de que “o contrato tem força de lei entre as partes”²⁹³, aparece a cláusula *rebus sic stantibus* no atual Código Civil, vigente desde 21 de abril de 1942, em artigo 1467²⁹⁴:

Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, com gli effetti stabiliti dall’art. 1458.

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

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equalmente condizioni del contratto.²⁹⁵

Texto esse que foi a principal base para o legislador brasileiro, eis que foi praticamente reproduzido pelo CC de 2002.

²⁹² FRANTZ, Laura Coradini. **Bases Dogmáticas para Interpretação dos artigos 317 e 478 do novo Código Civil Brasileiro**. Dissertação de Mestrado (Livres Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2004. p. 73 a 76.

²⁹³ Art. 1372 do Código Civil: “Il contratto há forza di legge tra lè parti. [...]”.

²⁹⁴ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 25-28. AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 149. Nota 289. OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 78-79. FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 259-265. SIDOU, J M Othon. **A cláusula rebus sic stantibus no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. p. 40. RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 63-64. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil**. - Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 39.

²⁹⁵ “Nos contratos de execução continuada, periódica, ou seja, de execução futura, se a prestação de uma das partes tornou-se excessivamente onerosa em consequência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, a parte que deve tal prestação pode demandar a resolução do contrato, com os efeitos estabelecidos no art. 1458.

A resolução não pode ser demandada se a onerosidade superveniente entra na álea normal do contrato.

A parte contra qual é demandada a resolução pode evitá-la oferecendo uma modificação equitativa das condições do contrato.” (tradução livre)

Apesar de não haver disposição expressa em seu primeiro e único Código Civil, aprovado pelo *Reichtag*, promulgado em 1896, entrando em vigor a partir de 1º de janeiro de 1900 – chamado de *Bürgerliches Gesetzbuch*, ou BGB –, a Alemanha sempre teve forte tradição em adotar a teoria da base do negócio jurídico por meio de sua jurisprudência, como veremos mais adiante, valendo-se dos §§ 157, 275, 306, 315, 343, 812 e principalmente da boa-fé, conceito forte entre os juristas daquele país, presente no § 242.²⁹⁶ Desde a reforma de 2002 que inseriu o § 313, o BGB passou a adotar expressamente a teoria da base do negócio, livrando-se da marca do individualismo que o texto original do Código trazia.

O Código Federal das Obrigações Suíço de 1881, revisado em 1911, assim como o Código Civil Helvético de 1907 não comportam a revisão por fato superveniente, entretanto, a Suíça é considerada país integrante da corrente revisionista visto que o Código Civil determina, em seu artigo 2º, que todos os direitos e deveres devem ser exercidos em conformidade com a boa-fé, possibilitando, assim, que a jurisprudência admita a revisão por fato superveniente face ao desequilíbrio ocasionado, da mesma forma que a Alemanha fazia antes da reforma do BGB de 2002.²⁹⁷ Além destes, os julgadores suíços comumente valem-se dos artigos 163, 269 e 352 do mesmo Código Civil.²⁹⁸

De idêntica forma agiu a Hungria, que depois de sofrer com a crise inflacionária posterior à grande guerra de 1914, viu-se obrigada a rever os contratos por meio da jurisprudência da Corte Suprema Húngara (*Curia Regia*). Posteriormente, veio a adotar a cláusula *rebus sic stantibus* de forma expressa na legislação²⁹⁹, mesmo que o atual CC húngaro de 1977 afirme, em artigo 200, I: “*las partes son libres de determinar el contenido del contrato*”, e que “*pueden, de común acuerdo, derogar las disposiciones que lo gobiernan,*

²⁹⁶ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 23-25. OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 77-78. FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 248-252. SIDOU, J M Othon. **A cláusula rebus sic stantibus no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. p. 35. RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 59-62. CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 218-224.

²⁹⁷ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 30-31. FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 253-256. MAIA, Paulo Carneiro. **Da Cláusula “Rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 1959. p. 98-102.

²⁹⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 62-63.

²⁹⁹ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 2252-253. SIDOU, J M Othon. **A cláusula rebus sic stantibus no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. p. 42.

*salvo que la ley establezca lo contrario*³⁰⁰, este é um país que admite a revisão por fato superveniente.

Na Polônia, embora o artigo 189 reforce a regra do *pacta sunt servanda*, há previsão expressa da cláusula *rebus sic stantibus* no artigo 269 do Código das Obrigações, promulgado em 27 de outubro de 1933, e que entrou em vigor em 1 de julho de 1934³⁰¹:

Quando, em consequência de acontecimentos excepcionais, tais como guerra, epidemias, perda total de colheitas e outros cataclismos naturais, se a execução da prestação acarretar dificuldades excessivas ou ameaçar uma das partes com uma perda exorbitante, que os contraentes não poderiam prever ao tempo da conclusão do contrato, o tribunal pode, se entender necessário, segundo os princípios da boa-fé e tomando em consideração os interesses das partes, fixar o modo de execução, o montante da prestação ou mesmo decretar a resolução do contrato.

O Código Civil Grego de 1940, em artigo 388, admite a revisão ou resolução caso haja mudanças imprevistas das circunstâncias³⁰², tendo adotado a teoria da base objetiva no texto legal.³⁰³

Quanto ao Direito Comunitário, pode-se citar o projeto preliminar do *Code Européen des Contrats*, onde os artigos 43, primeira parte; 97, primeira parte; e 157, terceira parte, preveem maneiras de solucionar o inadimplemento por meio da renegociação. Também o art. 1107 do texto dos Princípios do Direito Europeu do Contrato pode ser referido, uma vez que trata do dever de colaboração, entendendo-o como fundamentado no dever de boa-fé. Tudo baseado na atenuação da obrigatoriedade dos pactos face ao tom humano, equânime e solidário das relações contratuais fruto da mudança dos postulados que embasam a teoria contratual pós-moderna.³⁰⁴

³⁰⁰ ALTERINI, Atílio Aníbal. **La tutela de la parte debil del contrato en el nuevo Código Civil brasileño**. Disponível em: <http://alterini.org/tonline/to_aaa9.htm>. Acesso em: 17 fev. 2006.

³⁰¹ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 31. FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 256-258. SIDOU, J M Othon. **A cláusula rebus sic stantibus no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. p. 40.

³⁰² WALD, Arnaldo. **Obrigações e Contratos**. 6. ed. rev., ampl. e atualizada com colaboração do professor Semy Glanz, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e com referência ao Projeto de Código Civil. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983. p. 166.

³⁰³ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 41. Nota 47.

³⁰⁴ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz, LIMA, Clarissa Costa de. Tratamento do crédito ao consumo na América Latina e superendividamento. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 87 a 90.

Tratando-se de países não europeus, vale comentar as legislações latinas, como a Argentina³⁰⁵, que desde o Código Civil de 1964, aperfeiçoado pelo *Proyecto de Unificación* de 1987³⁰⁶, comporta a revisão expressamente no artigo 1198 §2º³⁰⁷:

En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato. No procederá la resolución si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato.

Hoje, através da Lei 17.771, alterou-se a redação do artigo 1.198 em função da forte influência que sofrera pelo Código Italiano, passando a dispor neste artigo: “Nos contratos bilaterais comutativos e nos contratos unilaterais onerosos e comutativos de execução diferida ou continuada, se a prestação a cargo de uma das partes se tornar excessivamente onerosa por acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, a parte prejudicada poderá demandar a resolução do contrato.”³⁰⁸ Mas o CC Argentino, mesmo depois de substituído, em 1964 por um código que inseria a cláusula *rebus sic stantibus*” continuou sendo considerado pelos juristas daquele país como extremamente voluntarista, como se percebe da leitura das Recomendaciones da Cuartas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, na Comisión 4 que tratava da Interpretación econômica del contrato, pois na 1º recomendação diz: “En el Código Civil argentino, en su redacción originaria, el contrato se muestra, preponderantemente, como una categoría jurídica basada en el voluntarismo.” Percebe-se nestas mesmas recomendações que estes juristas não apenas constataram o extremo voluntarismo do texto legal como ainda trouxeram a solução na recomendação de número 20:

³⁰⁵ ITURRASPE, Jorge Mosset; FALCÓN, Enrique M; PIEDECASAS, Miguel A. **La frustración del contrato y la pesificación**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.

³⁰⁶ FLAH, Lily R.; SMAYESKY, Mirian Colab. **Teoría de la imprevisión: aplicación y alcances, doctrina, jurisprudência**. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 130-131.

³⁰⁷ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 35-36. DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade pós-contratual no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 150. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 468. RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 69. Curioso que Ruy Rosado de Aguiar Junior fala no artigo 1108 do CC argentino, quando todos os demais falam em 1198. AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 149. Nota 289. RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 138.

³⁰⁸ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 161.

“El principio de autonomía de las partes, en la confección y exteriorización del contrato, ha de coordinarse con los principios de justicia contractual y buena fe.”³⁰⁹

No México, apenas dois dos vinte e nove códigos estaduais admitem expressamente a cláusula *rebus sic stantibus*.

O Uruguai trata da cláusula *rebus sic stantibus* no artigo 1291 do Código Civil da República Oriental,³¹⁰ que estatui: “todos (os contratos) devem executar-se de boa-fé, e por conseguinte obrigam, não só no que neles se expressa, porém em todas as consequências que segundo sua natureza sejam conformes à equidade, ao uso ou à lei.”³¹¹

Nas demais legislações alienígenas latinas, prevalece o princípio da obrigatoriedade dos pactos.³¹²

No Egito, o CC de 1949 admite a revisão em casos em que, sem se tornar impossível a obrigação, tenha se transformado em excessivamente onerosa no art.147, alínea 2.³¹³

Por fim, cabe mencionar o direito internacional privado, que conta com normas próprias e inclusive prevê uma figura própria para a revisão dos contratos por fato superveniente: a chamada cláusula de *hardship*, que faz o papel da revisão por onerosidade excessiva, reequilibrando os pactos firmados em torno de questões internacionais.

O comércio internacional vale-se, principalmente dos princípios do UNIDROIT, *L'Institut international pour l'unificación du droit prive* (Instituto internacional para a unificação do direito privado), que traz na sessão 2, do capítulo 6, a regulamentação para o

³⁰⁹ FLAH, Lily R.; SMAYESKY, Mirian Colab. **Teoria de la imprevision**: aplicación y alcances, doctrina, jurisprudência. Buenos Aires: Depalma, 1989. p.129- 130

³¹⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002. p. 70.

³¹¹ Tradução de Rogério Ferraz Donnini. DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 36.

³¹² DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 36.

³¹³ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991p. 80; FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 265-266; SIDOU, J M Othon. **A cláusula rebus sic stantibus no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. p. 42.

hardship.³¹⁴ Esta sessão prevê, junto com a obrigatoriedade do contrato, o conceito e os efeitos deste instituto.³¹⁵ A cláusula de *hardship* busca proteger o equilíbrio contratual quando a execução de um contrato torna-se excessivamente onerosa por uma situação alheia à vontade das partes, eis que nem todos os países reconhecem a teoria da onerosidade excessiva ou uma de suas equivalentes.³¹⁶ Assim, toda a contratação internacional será realizada com o amparo desta previsão, garantindo que, independentemente dos países de origem de cada contratante, se proteja aquele que foi acometido por fato superveniente.

Vale frisar, também, que a regra, nestes casos, é a revisão, ao contrário do CC que optou pela resolução. Hildebrando Accioly lembra, ainda, a aplicação da *rebus sic stantibus* no direito internacional público. A regra permite a denúncia unilateral dos tratados por um

³¹⁴ SECCIÓN 2: EXCESIVA ONEROSIDAD (HARDSHIP)

ARTÍCULO 6.2.1 (Obrigatoriedad del contrato)

Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre "excesiva onerosidad" (hardship).

ARTÍCULO 6.2.2

(Definición de la "excesiva onerosidad" (hardship))

Hay "excesiva onerosidad" (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;

(b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;

(c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y

(d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

ARTÍCULO 6.2.3 (Efectos de la "excesiva onerosidad" (hardship))

(1) En caso de "excesiva onerosidad" (hardship), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.

(2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.

(3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.

(4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de "excesiva onerosidad" (hardship), y siempre que lo considere razonable, podrá:

(a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o

(b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.

³¹⁵ GORDLEY, James. **Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 345. BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 65 e 66.

³¹⁶ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 69.

Estado quando este ajuste já não representar mais a vontade das partes em virtude de acontecimentos imprevisíveis.³¹⁷

1.3.2 Corrente antirrevisionista

A França é a principal escudeira da corrente antirrevisionista. Seguidora fiel do *pacta sunt servanda*, não admite em hipótese alguma a resolução ou revisão dos pactos por fato superveniente à sua formação, quer seja pela legislação que determina que o contrato é lei entre as partes, quer seja pela doutrina que reforça esta ideia, quer seja pela jurisprudência que refuta a grande maioria dos pleitos que tenham a revisão como causa de pedir. Esta ideologia é proveniente do ícone do liberalismo que seu Código representa, bem como da falta de atualização deste, que data de 1804. Como já foi explicitado, ao longo da história, diante de algumas raríssimas exceções, adotou a cláusula *rebus sic stantibus* sob a forma de teoria da imprevisão, maneira extremamente restrita de aplicação criada pelas Cortes francesas, como se verá.³¹⁸ Tal não ocorre no Direito do Consumidor francês que admite a revisão, contudo, neste ponto, pretende-se investigar as legislações puramente civis, motivo pelo qual opta-se por abordar o *Code de la Consommation* mais adiante.

Dentre os belgas, a exemplo dos franceses, o Código Civil refuta a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*. Não é de se estranhar, já que o território do Reino da Bélgica fora anexado pelos franceses e dividido em *départements*, em 1795³¹⁹, época do auge do liberalismo francês, e onde vigora até hoje o Código Napoleônico, embora modificado por

³¹⁷ ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 133 e 134.

³¹⁸ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 31-34. FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 267-272. SIDOU, J M Othon. **A cláusula rebus sic stantibus no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. p. 34. RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 66-68.

³¹⁹ Com a incorporação dos Países Baixos austríacos e do principado de Liège criou-se a República da Batávia. Em 1810, a França também anexou a Holanda, contudo, os Países Baixos não se adaptaram muito bem ao Code Civile embora tenha ganho uma versão para o Reino da Holanda introduzido em 1º de maio de 1809. A explicação para a fácil adaptação da Bélgica à legislação francesa está nos laços que ambos mantinham com a escola exegetica, já que a Bélgica manteve esta doutrina por mais tempo que a própria França. CAENEGEM, 1999, p. 213-216.

emendas belgas.³²⁰ Há inclusive uma Lei muito próxima à Faillot, promulgada em 11 de outubro de 1919.³²¹ Entretanto, a legislação belga prevê um *delai de grace*, isto é, uma dilação do prazo para o cumprimento no caso de desemprego.

No Japão, o artigo 415 do Código Civil veda a aplicação da revisão expressamente:

Se um devedor não cumpre a obrigação de conformidade com sua real intenção, o credor pode reclamar compensação por danos. O mesmo ocorre se o devedor torna-se incapaz de cumprir a obrigação por alguma causa a ele atribuída.

Também é natural que os nipônicos sigam o pensamento antirreversionista já que foram buscar um Direito Civil no Ocidente, no século XIX, e, embora haja influência do direito alemão, foi o jurista francês Gustave Boissonnade, o criador do Código Civil Japonês. Contudo, há que se ressaltar que, desde 1921, excepcionalmente são editadas leis extravagantes que preveem a revisão.³²²

1.3.3 Países do *common law*

Importante salientar que serão abordados somente os países mais importantes deste sistema.

Para os ingleses, e em todos os países que seguem o regime *common law*, não existe uma figura equivalente à cláusula *rebus sic stantibus*, e nem mesmo excludentes de exigibilidade de cumprimento do contrato por impossibilidade absoluta. Isto é, nem o caso fortuito ou força maior são motivos para o descumprimento dos pactos. No entanto, há a *frustration of contract*, posteriormente aplicada sob a forma de *frustration of adventure*, desde

³²⁰ De acordo com R. C. van Caenegem, cinco sextos do Código Belga ainda mantém o texto do Código Napoleônico. (CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 215).

³²¹ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 34-35; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 68; . CAENEGEM, 1999, p. 2.

³²² DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 35; FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 275-276; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 68-69; CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 66.

a Primeira Grande Guerra³²³, que desvincula os contratantes quando qualquer fato superveniente à formação do contrato, que não tenha sido causado por nenhum dos contratantes, impossibilite o cumprimento.³²⁴ De acordo com os ensinamentos de Harriet Christiane Zitscher:

O direito inglês não distingue entre não cumprimento, mau cumprimento ou mora. O contrato entende-se como promessa de garantia quanto ao cumprimento da obrigação. Portanto, tudo que não é aquele cumprimento estipulado é considerado como quebra da promessa de garantia feita – breach of contract. Só em casos excepcionais, se as circunstâncias mudam substancialmente, o contrato poderá tornar-se dissolúvel em caso de não-cumprimento (frustration). São os casos de extermínio posterior – sem culpa da parte obrigada – do objeto do contrato, da perda da base do negócio, isto é, uma mudança das circunstâncias fáticas fundamentais para a celebração do contrato e, nos contratos de serviço, se o obrigado morrer ou adoecer na maneira que impeça a prestação do serviço.³²⁵

A doutrina do *frustration of contract* surgiu principalmente em 1900 com os “*Coronation Cases*” quando alugadas janelas para assistir à coroação do Rei Eduardo VII e este não pode comparecer por motivos de saúde.³²⁶ Não se adentrará a este episódio nesta altura do trabalho para melhor desenvolvê-lo quando do surgimento das Teorias da Base do Negócio Jurídico.

Os Estados Unidos criaram, no âmbito do direito civil, um Código privado em 1914, a partir de ideias apresentadas pela *Association of American Law*, denominado *Restatement of the Law*, que serve de orientação para diversos Estados.³²⁷ Em seu § 457 permite a revisão ao estatuir que:

³²³ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 83-84. SIDOU, J M Othon. **A cláusula rebus sic stantibus no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. p. 39.

³²⁴ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 36-37; AGUIAR JUNIOR, 2004, p. 162-163; FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 278-280; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 70-71.

³²⁵ ZITSCHER, Harriet Christine. **Introdução ao direito civil alemão e inglês**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 152.

³²⁶ Anísio José de Oliveira afirma que o primeiro caso que originou a frustration se deu em 1863 no caso *Caldwell v. Taylor* que será relatado no último capítulo deste trabalho, contudo, a grande maioria dos autores entende que embora este caso tenha sido de suma importância para o desenvolvimento da frustration, seu marco maior se deu com os *Coronation Cases*. (OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 83).

³²⁷ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 37; OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 82; FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 280-281; SIDOU, J M Othon. **A cláusula rebus sic stantibus no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. p. 39; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 71-72

[...] quando, depois da formação de um contrato, ocorrem fatos que um dos contratantes não tinha motivo para prever e para a ocorrência do qual dito contratante não contribuiu, no sentido de tornar a execução da promessa impossível, a obrigação do contratante é afastada, a menos que uma intenção contrária tenha sido manifestada e embora já aja ocorrido o inadimplemento por recusa anterior.³²⁸

Traz inclusive o conceito de impossibilidade (*supervening impossibility*) no § 454, facilitando a interpretação do § 457:

Impossibilidade significa não apenas a impossibilidade estrita, mas também a impraticabilidade em virtude de dificuldade extrema não razoável, gastos, danos ou perdas envolvidas.³²⁹

Há que se mencionar, também, o *Uniform Commercial Code* norte-americano, cujo *Article 2-615(a)* prevê a liberação do devedor se a obrigação se tornar financeiramente impraticável ou se sua execução for excessivamente onerosa.³³⁰

³²⁸ Tradução de J. M. Othon Sidou em SIDOU, J. M. Othon. **A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas**. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978. O texto original está em FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 281.

³²⁹ Tradução de J. M. Othon Sidou em SIDOU, J. M. Othon. **A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas**. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978. O texto original está em FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 281.

³³⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. **Revista Jurídica**, v. 54, n. 349. Porto Alegre: Notadez, Nov. 2006. p. 71.

2 CARACTERÍSTICAS DAS TEORIAS REVISIONISTAS

2.1 Contextualização, finalidades e requisitos (elementos para a caracterização das teorias)

2.1.1 Contextualização

Feito o apanhado histórico, passa a ser possível compreender o fato de que a sociedade vem percebendo, que, em acordos de execução diferida ou continuada, a vontade inicial, manifestada antes de acontecimento imprevisto, causado sem culpa de nenhuma das partes, pode causar injustiça, em sendo executada sem alterações que busquem restabelecer o equilíbrio do pacto.

Diversas foram as teorias criadas visando solucionar o problema proposto - mais adiante serão analisadas. Neste item, o objetivo é contextualizar as teorias-chave desta pesquisa, assim como apresentar os diversos elementos necessários para a aplicação da revisão contratual.

Primeiramente, para melhor compreensão, parece ser de suma importância clarear uma questão um tanto conturbada entre todos os autores lidos que trataram da teoria da imprevisão especificamente. Alguns fazem certa confusão de conceitos, outros optam por se referir à teoria da imprevisão como uma das tantas teorias que trata da questão do desequilíbrio do contrato causado por fato superveniente, sendo esta caracterizada por ter a “imprevisibilidade do fato superveniente” como requisito básico, e há ainda aqueles que fazem referência a esta teoria como uma evolução da clássica cláusula *rebus sic stantibus*, considerado-a como a união de todas as teorias que visam revisar ou resolver os contratos pela ocorrência de fato posterior à contratação, afirmando que as demais teorias fundamentam esta, à qual se referem como a “versão moderna” da mencionada cláusula medieval, como se as demais não o fossem. Entretanto nenhum aborda esta questão e poucos expressam de forma explícita o conceito pelo qual veio a optar.

Para fins de melhor interpretação, deixa-se claro, desde já, que a teoria da imprevisão será tratada no mesmo nível das demais teorias, diferindo-se das outras tão-somente pelos elementos que exige para sua aplicação e não como sendo a única nova roupagem da Cláusula *rebus sic stantibus*, até porque, proveniente desta cláusula, todas as teorias são. Menos por considerar que ela contém as demais teorias, como de regra ocorre, fazendo com que os autores se refiram à teoria da imprevisão como se estivessem se referindo a todas as teorias que se destinam ao estudo da revisão dos pactos por fato superveniente que venha a acarretar a impossibilidade subjetiva na sua execução. Isto é, como se a teoria da pressuposição, da vontade marginal, as teorias da base do negócio, do erro, entre outras que voltarão a ser mencionadas oportunamente, estivessem contidas naquela, inclusive utilizando a teoria da imprevisão e a Cláusula *rebus sic stantibus* como sinônimos, como o faz Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos³³¹ que expressa este ponto de vista no próprio título de sua obra. Outros deixam isso claro no título dos capítulos de seus respectivos livros ou nos próprios textos como Márcio Klang³³², Otávio Luis Rodrigues Júnior³³³, Arnaldo Wald³³⁴, Anísio José de Oliveira³³⁵, entre tantos outros.

Para contextualização deste instituto do Direito Civil, é interessante expor uma visão ampla das matérias próximas ao objeto deste estudo, a fim de localizá-lo em meio ao vasto mundo dos contratos.

Atendo-me à extinção dos contratos, recorro que um acordo de vontades pode ir a termo com o seu cumprimento, isto é, da execução de suas prestações - o que de regra ocorre - ou, excepcionalmente, por causas que acarretem a extinção anormal do contrato, que se dá quando as prestações do pacto firmado não podem ou não devem ser realizadas em virtude de ocorrência que atinja sua validade ou eficácia antes, durante ou depois da formação do acordo. A extinção anormal por causa anterior ou concomitante à celebração acarreta a anulação, no caso de nulidade, vício de vontade ou vício oculto; ou sua rescisão, nas hipóteses

³³¹ SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão: Revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989.

³³² KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

³³³ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002.

³³⁴ WALD, Arnaldo. **Obrigações e Contratos**. 6. ed. rev., ampl. e atualizada com colaboração do professor Semy Glanz, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e com referência ao Projeto de Código Civil. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983.

³³⁵ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991.

das demais causas anteriores à formação do contrato; já a extinção anormal por causa superveniente (portanto depois da formação do contrato) provoca a dissolução por resolução ou rescisão.³³⁶

A primeira forma de dissolução dá-se pelo inadimplemento da(s) obrigação(ões) a que uma das partes se obrigou, com possibilidade de imputação de culpa aos causadores. Assim, esta pode se dar voluntária (culposa) ou involuntariamente. Quando voluntária a inexecução, a outra parte passa a se desobrigar no todo (*exceptio non adimpleti contractus*) ou parcialmente (*exceptio non rite adimpleti contractus*) além do retorno ao *status quo ante* com eventual ressarcimento de prejuízos.

Quando a inexecução for involuntária, o contratante deixou de cumprir sua obrigação por motivos alheios à sua vontade, havendo assim a extinção anormal em virtude de fato superveniente caracterizado pela total impossibilidade, chamada impossibilidade objetiva, a qual o devedor não podia evitar, como o caso fortuito e a força maior. Salvo raras exceções, restitui-se o *status quo* desobrigando as partes de responsabilidades. Não entra aqui a onerosidade excessiva já que esta é apenas um óbice ao cumprimento do pactuado, não se referindo, por conseguinte, à inexecução por impossibilidade, mas sim por extrema dificuldade.³³⁷ Essa diferença deve-se à distinção entre impossibilidade absoluta - quando o cumprimento é impossível para todos - e impossibilidade relativa - “quando falta ao devedor meios para prestar; tem aí o significado de insolvência (‘Unvermögen’)”³³⁸. Percebe-se, nas palavras do mestre Clóvis do Couto e Silva o quanto os institutos da falência pessoal (insolvência) e revisão contratual por onerosidade excessiva (impossibilidade relativa) estão intimamente ligados.

A resolução difere da anulação, apesar de semelhantes, essa é modo de dissolução que apenas reconhece que o negócio é defeituoso, seja por incapacidade de um dos contratantes, por vício do consentimento ou atingindo a um dos elementos do artigo 104 do

³³⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 188-189; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002. p. 97; DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 167-168; COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 121.

³³⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 197-199.

³³⁸ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 121.

CC, sempre dirá respeito a causas anteriores ou contemporâneas à sua formação, enquanto a resolução trata com causas supervenientes³³⁹.

A resilição é uma espécie de contrato que tem como objetivo dar cabo a outro contrato, portanto, de forma expressa, os pactuantes declaram seu desejo de não mais manter o vínculo contratual. Pode ser bilateral (distrato) ou unilateral (denúncia), sendo que a última sofre algumas restrições pelo Código Civil Brasileiro de 2002, em artigo 473.

Pode-se, ainda, extinguir o vínculo em decorrência da morte de um dos contratantes caso o contrato seja *intuitu personae*³⁴⁰.

Percebe-se que em nenhum deles se encaixa a proposta das teorias provenientes da cláusula *rebus sic stantibus*, onde um contratante anseia pelo cumprimento de sua prestação, contudo por fato imprevisto, não absolutamente impossível de se realizar, mas que o onerará de forma inaceitável, não cumpre ao que se comprometera.³⁴¹

Mais especificamente, esta onerosidade excessiva que vem, por obra do acaso, a ocorrer, acarreta, para alguns, a resolução do contrato, posicionando-se, portanto, entre a resolução por inexecução voluntária e a resolução por inexecução involuntária.³⁴² Contudo, como veremos no próximo capítulo, esta é uma visão errônea. Apesar de não ter sido a visão adotada pelo capítulo que trata da extinção do contrato por onerosidade excessiva no CC/2002, o que a maioria dos doutrinadores vem percebendo é que a excessiva onerosidade é na verdade, antes de mais nada, causa de revisão contratual, atuando subsidiariamente como forma de resolução, posto que somente se for impossível o cumprimento é que se deveria apelar para a resolução. Em não sendo o caso, deve-se conceder ao Estado, através do Poder Judiciário, a autoridade de intervir na economia do acordo de vontades a fim de reajustar suas bases, como corretamente faz o artigo 317 do CC de 2002, com a observância dos artigos 884 (enriquecimento injusto), 422 (boa-fé) e 421 (fim social do contrato) do mesmo diploma legal.

³³⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 197-202.

³⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 17. ed. atual. de acordo com o novo código civil (Lei 10.406/2002). São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3: direito das coisas. p. 155.

³⁴¹ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 74-79.

³⁴² RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 88.

Vale lembrar que esta causa de dissolução não se opera de pleno direito, exigindo sempre a decretação mediante sentença judicial, competindo ao juiz verificar se realmente houve ou está havendo excessiva onerosidade, assim como o nexo causal entre esta e o fato superveniente ao qual se atribui a responsabilidade da oneração. Esta decisão produzirá efeito retroativo entre as partes³⁴³, não obstante, esta retroatividade não é a mesma dos casos de anulabilidade (*ex nunc*)³⁴⁴, tendo em vista que, no caso da revisão, as cláusulas revisadas eram válidas em sua origem. O efeito retroativo será aplicado desde a ocorrência da inesperada circunstância desencadeadora da enorme onerosidade, restituindo o equilíbrio a partir do momento em que ele foi perdido.³⁴⁵ Diante disso, ao devedor restam as seguintes posições: entendendo que não poderá deixar de cumprir a prestação, pois do contrário quedaria inadimplente, deverá informar expressamente de sua dificuldade ou promover ação revisional, o que lhe legitima a, por ora, deixar de realizar a prestação; ou, ainda, permanecer inerte aguardando para alegar a onerosidade excessiva em defesa contra ação de adimplemento ou resolução proposta pelo credor.³⁴⁶

2.1.2 Finalidades

A revisão dos contratos em virtude de excessiva onerosidade tem basicamente como objetivos: a proteção da parte atingida pela exagerada majoração dos encargos - como bem expressa Álvaro Villaça de Azevedo: “Essa cláusula *rebus sic stantibus* protege uma das partes do contrato, quando há impossibilidade de cumprimento da obrigação assumida, por

³⁴³ GOMES, Orlando. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 201.

³⁴⁴ Embora não possa aqui adentrar à discussão, vale observar que atualmente se tem defendido – e me incluo dentre estes – que os efeitos da anulabilidade retroagem, pois apenas no direito processual há esta diferença de efeitos, no direito material tanto a nulidade quanto a anulação operam *ex tunc*. Note-se que, conforme bem afirmou o Professor Plínio Melgaré em uma de suas aulas ministradas no CPMD da Escola Superior da Magistratura onde eu o auxilio como Professor-Tutor: 1) o artigo 182 fala em anulado o ato (anulado engloba tanto o nulo quanto o anulável); 2) diante de um defeito do negócio jurídico (mas não apenas diante dessa causa de anulabilidade), as partes pretendem desconstituir o referido negócio, voltando ao estado em que antes se encontravam; 3) o ato anulável é também inválido. De fato, o que há, é a produção de efeitos gerados até o reconhecimento, através de decisão judicial, da invalidade. O anulável é, pode-se assim dizer, provisoriamente, temporariamente, eficaz, em razão da possibilidade de o interessado, respeitando o prazo decadencial estabelecido em lei, postular a sua invalidade, desconstituindo retroativamente os efeitos produzidos até então.

³⁴⁵ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

³⁴⁶ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 159.

brusca alteração da situação inicial, em que o contrato nasceu.”³⁴⁷ - ; manter a álea do contrato dentro dos níveis plausíveis; serve ainda como uma maneira de garantir que independente da insegurança monetária, as pessoas possam continuar a fixar obrigações a serem cumpridas futuramente³⁴⁸ e que os acordos permanecerão justos, o que, em última análise, é o objetivo da justiça como um todo; mas principalmente agir como um meio de distribuir equitativamente, entre os signatários do contrato objeto da lide, as consequências da crise proveniente da alteração das circunstâncias, atingindo estas metas quando reajusta as prestações, ou se não for possível, quando resolve o contrato.

A Cláusula *rebus sic stantibus*, da mesma forma que sua reaparição no direito moderno pelas atuais teorias – apenas se diferenciando por antigamente ser tratada como uma cláusula ínsita nos contratos³⁴⁹ -, nada mais é do que a limitação da autonomia privada através da ideia de que as partes, ao contratar, condicionaram a existência daquele contrato, naqueles moldes, à permanência do estado das coisas no momento de sua firmação ou, nas palavras do mestre Arnaldo Medeiros da Fonseca: “ambiente objetivo existente ao tempo da formação do contrato”.³⁵⁰ Ademais, há que se admitir que diante do caso prático, o magistrado responsável pela difícil tarefa de fazer o justo, não poderá simplesmente ignorar a ruína de um dos contratantes apenas para que a lei ou o contrato sejam cumpridos, haja o que houver, mas sim humanizá-la, a fim de evitar a iniquidade. Não há mais espaço para a compreensão do vínculo obrigacional como algo estático.³⁵¹ Pois como alerta o doutrinador Márcio Klang:

[...] não há que falar em servidão a um acordo, em cumprimento estático e imutável, mas em cumprimento das obrigações adaptável e adequado às novas situações [...] o império da palavra empenhada deve ser mantido como princípio norteador das obrigações. Contudo devemos interpretá-lo de forma inteligente, pois acima dele está o império da equidade e da justiça.³⁵²

³⁴⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo código civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e; onerosidade excessiva. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 51, n. 308, p. 7-25, jun. 2003. p. 15.

³⁴⁸ KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 13.

³⁴⁹ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 32.

³⁵⁰ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 244.

³⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT. vol. 80, n. 670. ago. 1991, p. 41.

³⁵² KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 14-15.

Ou ainda, como sempre bem sintetizado pelos brocados latinos: *summum ius, summa iniuria*.

2.1.3 Requisitos

Da análise da doutrina e jurisprudência depreende-se que, em grande parte, ao examinar as teorias que são o objeto do presente estudo, elas são tratadas como raríssima exceção, visto que a regra é a manutenção da vontade expressada no momento da criação do contrato. Em decorrência da aceitação da característica excepcionalíssima da alteração do que fora pactuado em situação diferente da atual, os mais diversos pressupostos apresentam-se como sendo de extrema necessidade para que seja possibilitado o restabelecimento da justiça contratual, o que reduz sua aplicação de forma tão significativa que acaba por realmente torná-la raríssima.

Quanto aos requisitos, serão abordados aqueles mencionados por todas as teorias, não se atendo somente aos elementos para a caracterização da teoria da imprevisão. Além disso, neste item, tratar-se-á daqueles mais pacíficos na doutrina, deixando as condições para a concretização da teoria da imprevisão, que causam maior polêmica, para quando forem estudados especificamente os artigos do Código Civil Brasileiro de 2002.

2.1.3.1 Ocorrência de fato superveniente causador de uma alteração radical das circunstâncias

Inicialmente, por óbvio, é necessária a ocorrência de fato superveniente causador de uma alteração radical das circunstâncias ou, como é chamada pelo doutrinador moçambicano António de Almeida Marques: requisito da essencialidade³⁵³. Isto é, deve ocorrer uma “[...] alteração superveniente das circunstâncias fáticas, que modifiquem o equilíbrio da economia

³⁵³ SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 74-78.

contratual”.³⁵⁴ Portanto, não é qualquer alteração módica, ainda que imprevista ou mesmo imprevisível, que ensejará a aplicação da revisão, até porque em contratos em que a execução se prolonga no tempo, sempre haverá algumas modificações no *quantum* das prestações. A alteração deve ter acarretado um desequilíbrio drástico na economia do contrato e principalmente deve estar fora do risco natural e aceitável do contrato, chegando a “tal monta que, se considerada previamente pelas partes, estas com certeza não concluiriam o negócio jurídico”.³⁵⁵ Além disso, a alteração deve, obrigatoriamente, ser superveniente, ou seja, “ter ocorrido depois da celebração e antes ou durante a execução contratual”.³⁵⁶

2.1.3.2 *Onerosidade excessiva*

Imprescindível que a execução do contrato como se encontra cause prejuízo de proporções ruinosas ao obrigado, sem a necessidade de tornar-se impossível o cumprimento, sendo mister que chegue a romper o sinalagma do contrato, não bastando somente o desequilíbrio, devendo também fugir à álea normal de pactos daquela natureza, a ponto a ser impossível tratar as prestações como minimamente equivalentes. Não se busca um critério uniforme, genérico ou objetivo, quando se exige este requisito. Basta que a desproporção seja grave, dependendo da suportabilidade do dano pela parte que o sofre, que é quem ditará o quanto de impraticabilidade a prestação atingiu. Este é, provavelmente, o pressuposto mais importante, pois é a partir dele que se constrói toda a ideia da revisão por fato imprevisto. Afinal, se a circunstância fática não onerou exacerbadamente uma das partes, não há que se falar em revisão. Esta condição reforça ainda mais o valor não apenas ético, mas também social, característico da revisão. Arnaldo Medeiros da Fonseca ainda acrescenta que a onerosidade não pode ter sido compensada por outras vantagens aferidas anteriormente.³⁵⁷ Essa concepção foi adotada e alargada pelo artigo 478 do CC/2002, restringindo ainda mais a aplicação da imprevisão, prevista neste artigo, ao exigir uma vantagem à outra parte.³⁵⁸ A

³⁵⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002. p. 126.

³⁵⁵ SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: lei n. 8.078, de 11.9.90. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 374.

³⁵⁶ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 34.

³⁵⁷ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 244.

³⁵⁸ BUSS, Fernando. **A quebra da base do negócio jurídico nos contratos de crédito rural**: fatos alheios supervenientes. São Leopoldo, 1998. p. 47.

condição da vantagem exagerada será rigorosamente criticada no capítulo destinado aos artigos do novo código.

2.1.3.3 Ausência de culpa

Ausência de culpa ou inimputabilidade³⁵⁹ vem a ser o fato de que o acontecimento superveniente não possa ser imputado a nenhum dos contratantes, ou seja, não tenha sido causado por ação ou omissão, nem mesmo tenha a participação de qualquer das partes na ocorrência do evento, principalmente pela parte que pleiteia a revisão, já que “ninguém pode lucrar com a própria torpeza ou incompetência”.³⁶⁰ Do contrário, estaríamos diante de um caso de resolução com culpa, o que acarretaria a responsabilização do contratante causador do sinistro. O consenso quanto à necessidade deste requisito, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, chegou a tal ponto que diversas legislações consideram dispensável sua consagração no texto legal, tendo-a como tácita ou presumida na norma. Existem outras previsões de resolução por impossibilidade inimputável aos parceiros do negócio no Código Civil, podendo-se citar os artigos 234, 235, 238, 248 e 256.³⁶¹ Válido mencionar que caso a culpa do obrigado não afete de forma direta o cumprimento da prestação, mas mesmo assim o prejudique, a jurisprudência não costuma aceitar o pedido revisional. Neste raciocínio, alguns autores entendem que a mora afasta a incidência da teoria sob estudo. No entanto, isto pode ser questionado, como será visto quando da abordagem específica sobre a mora mais adiante.

2.1.3.4 Comutatividade e onerosidade

Determinadas características do contrato também são exigidas para a revisão, dentre elas, a comutatividade. Todavia, tal requisito sofre alguma restrição já que é possível, como será posteriormente mais bem analisado, revisar, em casos específicos, contratos aleatórios,

³⁵⁹ Expressão usada por Antonio de Almeida Santos. (SANTOS, Antonio de Almeida. **A teoria da imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 87-90).

³⁶⁰ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 202.

³⁶¹ ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. – 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 52.

mesmo que algumas legislações, como a italiana, em seu art. 1469 de seu CC, o excluam expressamente. O atual Código Civil Brasileiro não traz nenhuma vedação.³⁶² Além da aplicação nos contratos de natureza bilateral, é possível a aplicação em contratos unilaterais, como fez o CC/2002 (artigo 480). A propósito, correto o legislador ao permitir a aplicação da versão moderna da cláusula *rebus sic stantibus* a tais contratos, pois, se assim não fosse, criaria um imenso problema quando da definição da natureza do contrato a ser revisado, visto que diversos contratos considerados unilaterais podem vir a ter efeito bilateral, como o depósito ou o mandato, entre outros. Aliás, tamanha é a dificuldade que a doutrina passou a subclassificar estes contratos “em contratos rigorosamente unilaterais e não rigorosamente unilaterais; em contratos essencialmente bilaterais (*contractus bilaterales aequales*) e bilaterais imperfeitos (*contractus bilaterales inaequales*)”³⁶³, da mesma forma que um contrato sinalagmático pode no decorrer da execução tornar-se unilateral e vice-versa. Contudo, há quem entenda necessária também a onerosidade no caso dos contratos unilaterais, não permitindo que sejam gratuitos, já que prejudica a ideia de equidade. Mas não é o que pensa a maioria³⁶⁴: “se pode atacar a rigidez do vínculo contratual aquele que paga muito para receber pouco, deve, por maioria de razão, poder fazê-lo aquele que paga demais (em relação ao momento da convenção) sem nada receber”.³⁶⁵

2.1.3.5 Execução distribuída no tempo

O pacto, incontroversamente, deve ter sua execução distribuída no tempo. Não é possível àqueles em que se cumpra em uma única prestação, que tenham, portanto, exaurimento em um único momento, o que impede a aplicação aos contratos instantâneos.³⁶⁶

³⁶² SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 114.

³⁶³ SIDOU, J M Othon. **A cláusula rebus sic stantibus no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. p. 86.

³⁶⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 156-157.

³⁶⁵ SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972.p. 94.

³⁶⁶ Embora se concorde com Clóvis do Couto e Silva no sentido de que toda relação obrigacional seja um “sistema de processos” (COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 6.), em contratos instantâneos estes processos se dão em um único momento o que impede que a ocorrência de um fato superveniente à contratação e anterior a execução impossibilite seu cumprimento.

Questão relevante é a da definição do tempo mínimo necessário entre a criação do acordo e o fato imprevisto. Quanto a isso, Renato José de Moraes assim se pronuncia:

Na prática, não se estão exigindo prazos demasiado longos, pois os julgadores têm aceitado inúmeras vezes a revisão de contratos que se desenvolvem em períodos mais curtos, desde que comprovada a existência de grave desigualdade de prestações..³⁶⁷

Ademais, este aspecto não pode ser regulado de forma genérica, pois difere, dependendo da espécie de contrato em apreço.

Portanto, não chega a ser necessário significativo lapso temporal entre a formação e a execução do contrato, mas que ambas não se sobreponham, para que entre elas ocorra uma alteração das circunstâncias fáticas. É o caso dos chamados “contratos cativos de longa duração”, denominação de Cláudia Lima Marques, ou “contratos relacionais”³⁶⁸, conforme nomenclatura proveniente do *common law*, criada por Ian Macneil³⁶⁹ e trazidos para o Brasil por Ronaldo Porto Macedo Júnior³⁷⁰, ou ainda “contratos múltiplos”, “serviços contínuos”, “relações contratuais triangulares”, “contratos de serviços complexos de longa duração”, etc.³⁷¹, denominações, todas, que representam a mesma situação. Essa questão está expressa no atual texto legal, logo no início do artigo 478 do Código Civil, quando aduz: “Nos contratos de execução continuada ou diferida [...]”. Fica claro que a prestação deve ser periódica (trato sucessivo ou execução continuada) ou, mesmo que só haja uma prestação, esta deve estar afastada da contratação para que seja dependente do futuro. Segundo Barletta, existem diversas classificações para as prestações não imediatas:

As prestações duradouras classificam-se em divididas, fracionadas ou repartidas, se seu cumprimento se efetua em parte, em momentos temporais distintos, com seu preço pago em parcelas. As duradouras podem ser também continuativas, contínuas

³⁶⁷ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 179

³⁶⁸ MACNEIL, Ian. **The relational theory of contract: selected works of Ian Macneil**. Edited by David Campbell. London: Sweet & Maxwell, 2001.

³⁶⁹ “A chamada teoria dos contratos relacionais está associada sobretudo ao nome de Ian Macneil. É de se notar, contudo, que se por um lado este autor merece o reconhecimento por ter elaborado uma sistematização abrangente desta teoria, por outro o seu trabalho, como ele próprio reconhece, é fruto do desenvolvimento de trabalhos empíricos e teóricos de juristas que desde há muito já vinham trabalhando na mesma direção e chegando a resultados muito próximos dos seus” MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 121-122.

³⁷⁰ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

³⁷¹ LIMA, Clarissa Costa de. Reflexões sobre a resolução do contrato na nova teoria contratual. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 521.

ou de execução continuada, quando a prestação consiste numa ação ou numa abstenção que se prolonga ininterruptamente, como ocorre na obrigação do locador de assegurar ao locatário o uso e gozo do bem locado.

Existem ainda as prestações periódicas, reiteradas, repetidas ou com trato sucessivo, as quais, embora seu conteúdo efetue-se em parte como as prestações divididas, fracionadas ou repartidas, não consistem em uma única prestação fracionada em si como estas últimas. As prestações periódicas, reiteradas, repetidas ou com trato sucessivo dizem respeito a uma mesma relação obrigacional, que é composta de diversas prestações, como ocorre na obrigação do locatário de pagar ao locador o aluguel.

As prestações que se enquadram nessa classificação serão objeto de revisão contratual quando sua excessiva onerosidade decorrer de fatores posteriores à formação do contrato, pois as obrigações instantâneas, que se realizam num só momento, não têm tempo para resultar excessivamente onerosas por motivos supervenientes.³⁷²

Para que se possa revisar por entender-se que o vínculo obrigatório fica subordinado ao estado dos fatos vigentes à época da contratação, este estado deve, necessariamente, ser diverso quando da execução, e se o contrato já estava desequilibrado desde a sua formação, trata-se de caso de lesão, dolo ou erro.³⁷³

Este requisito é unânime entre os juristas. Contudo, unânime também é o entendimento de que não é suficiente para legitimar a revisão, porque não pode um contrato ser revisado pelo simples fato de ser de execução continuada ou diferida.

2.1.3.6 Fato fora da álea contratual

Fato superveniente fora da álea contratual aceita para aquele tipo de convenção. A álea é a quantidade de risco inerente àquele contrato e que deve ser suportado pelas partes. Enquanto os fatos que venham a ocorrer posteriormente à contratação se mantiverem dentro do risco natural a que se propôs, o contratante prejudicado não poderá esquivar-se do cumprimento de sua obrigação sob a alegação de excessiva onerosidade. Mais uma vez é pertinente recordar da exceção dos contratos aleatórios que será oportunamente exposto.

³⁷² BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 140.

³⁷³ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 178.

2.1.3.7 Anormalidade do evento turbador do contrato

Não pode tratar-se de acontecimento corriqueiro, mas sim extraordinário, incomum ao espaço e tempo em que se insere a relação jurídica.³⁷⁴ Este requisito foi denominado pelo CC/2002 como “acontecimentos extraordinários” repetindo o artigo do código italiano, assim como o CC grego que o trata como “motivos extraordinários”, Já o código polonês chama-o de “acontecimentos excepcionais”, enquanto o português refere-se ao fato superveniente como “alterações anormais”.³⁷⁵

Há quem admita a possibilidade de que na exigência da excepcionalidade poderia estar também a do alcance geral do acontecimento que causou a desproporção entre as prestações, isto é, que ao exigir a anormalidade estar-se-ia determinando a impossibilidade de seu fundamento calcar-se na situação do devedor.³⁷⁶ Entretanto não parece que esse requisito vá além de simplesmente demandar que não se trate de acontecimento corriqueiro, sem que haja qualquer menção, mesmo que implícita, sobre o alcance deste evento alterador das circunstâncias. Tal ponto é importante, eis que o superendividamento, instituto que será abordado na segunda parte deste trabalho, é considerado uma situação pessoal. Desse modo, partindo-se de que não parece que a particularidade do acontecimento seja um pressuposto para a revisão em nenhuma das teorias, não se poderia negar a revisão sob este argumento. Assim, se evento alterador das circunstâncias acarretar a falência de uma das partes do contrato, impedindo-o de cumprir sua prestação, não se pode impossibilitar a revisão sob a alegação de que nenhuma outra pessoa se superendividou em decorrência do mesmo fato.

³⁷⁴ SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão: Revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989. p. 37.

³⁷⁵ SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 74.

³⁷⁶ FRANTZ, Laura Coradini. **Bases Dogmáticas para Interpretação dos artigos 317 e 478 do novo Código Civil Brasileiro**. Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2004. p. 38.

2.1.3.8 Aplicação anterior ao cumprimento integral de um dos contratantes e execução parcial do contrato

Outro dos requisitos considerados por alguns julgados é o de que a aplicação somente se dará se for anterior ao cumprimento integral de um dos contratantes. Se uma das partes já cumpriu sua prestação integralmente, a outra não poderá exigir-lhe que reduza a onerosidade que lhe acomete, proveniente da obrigação ainda não cumprida. Contudo, salvo melhor juízo, parece que o cumprimento das prestações de um dos contratantes, mesmo que anteriormente ao do outro, não faz cessar a possibilidade da ocorrência de fato gerador de onerosidade excessiva. Ainda que se entenda que isso desfavoreça o pedido revisional, parece claro que não pode a parte ser impedida de revisar em virtude do não preenchimento dos requisitos para tal.³⁷⁷ Não se pode esquecer que o foco está na igualdade entre as prestações e na capacidade de cumpri-las com base no normalmente aceito para a álea inerente àquele acordo de vontades. O mesmo é aplicado para aqueles que consideram a execução parcial do contrato, isto é, que o contrato não tenha sido executado totalmente como um pressuposto para a aplicação da revisão ou resolução, pois pode muito bem aquele que sofreu prejuízo inaceitável buscar os valores que injustamente perdeu quando o contrato foi executado. Bem exemplifica Mário Júlio de Almeida Costa:

A celebra com uma empresa estrangeira, B, um contrato de aquisição de tecnologia industrial para o fabrico, no país, de certa especialidade farmacêutica; transmitida esta tecnologia e satisfeito o preço, ainda antes do início da laboração, a autoridade pública proíbe que se produza a venda, em todo o território nacional, do referido medicamento.³⁷⁸

Mesmo que o cumprimento de parte do contrato se dê depois de concretizada a situação alteradora “não está ele excluído da invocação quanto ao restante, pois o seu esforço inicial deve ser entendido como uma tentativa de manter-se fiel ao contrato”³⁷⁹

³⁷⁷ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 199.

³⁷⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida: **Direito das obrigações**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1984. p. 231-232. apud SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão: Revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989. p. 38.

³⁷⁹ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 157.

Apesar de inúmeros autores, incluindo os grandes mestres Caio Mario da Silva Pereira³⁸⁰ e Orlando Gomes³⁸¹, terem feito restrições à revisão, o STJ já decidiu no sentido de permitir a revisão mesmo que depois do cumprimento integral do contrato.

Juntamente com a imprevisibilidade e a vantagem exagerada para o outro contratante - que serão abordados junto às diversas questões polêmicas que serão levantadas no capítulo que visa criticar a teoria da imprevisão em sua forma clássica, e assim, manifestar avaliação negativa também quanto à sua aplicação no CC/2002 – estes são os requisitos mais citados pelas teorias de maior relevância, e é basicamente nos requisitos que cada teoria opta que se fará a diferenciação entre elas.

Importante frisar que, *data máxima vênia*, quanto menos requisitos a teoria que fundamenta a revisão exige, melhor o seu emprego, visto que atribuirá ao julgador maior mobilidade para aplicá-la ao caso concreto, distribuindo os prejuízos da forma que lhe pareça justo. Quanto maior a quantidade de pressupostos necessários à aplicação, maior o engessamento pela regra geral àquele que analisa o caso específico. Diante da grande dificuldade ao estipular critérios objetivos para definir a onerosidade excessiva, bastariam aqueles requisitos mínimos (como, por exemplo, a excessiva onerosidade causada por fato superveniente, a necessidade da prestação ser futura e a ausência de culpa) para garantir que esta não se torne a regra.

Matéria que ainda não foi abordada pela doutrina nacional diz com a possibilidade de revisões sucessivas, ou seja, se é ou não possível revisar, com base na onerosidade excessiva, um contrato que já fora modificado pelo mesmo motivo. Encarando esta situação, percebe-se que, em um contrato de execução futura, nada impede que mais de um obstáculo superveniente altere mais de uma vez as situações fáticas, assim como o restabelecimento do equilíbrio do contrato pelo juiz não impede que surja um novo estado das coisas³⁸², salvo se o segundo pedido fundar-se no mesmo fato imprevisto que ensejou a primeira revisão, sob pena de agredir a coisa julgada.

³⁸⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 3.ed. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 3. p. 142.

³⁸¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 201. (Entretanto vale frisar que apesar de restringir a aplicação nesta passagem de sua obra “Contratos”, Orlando Gomes elaborou brilhante estudo sobre o tema não apenas no mencionado livro, mas principalmente em: GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2ª ed. aum. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.)

³⁸² SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão: Revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989. p. 117-119.

Da mesma forma, os doutrinadores brasileiros ainda não chegaram a discorrer a fundo quanto à aplicação aos contratos pretéritos, já que a lei que trata deste tema é recente, não tendo obrigado, ainda, os tribunais a se manifestarem quanto a isso. A lei não exige que a imprevisão trazida nos artigos do atual Código Civil seja aplicada somente aos contratos cuja alteração do estado das coisas se dê após a entrada em vigor da Lei 10.406 de 2002, portanto posteriores a 11 de janeiro de 2003. A princípio, é de se acreditar que se considerará aplicável a lei vigente no dia da celebração do contrato, já que embasados nela, as partes expuseram suas vontades ao firmarem o acordo. Neste sentido, é o *caput* do art. 2035 do CC de 2002.³⁸³ Contudo, não se mostra absurdo o argumento que tome em conta que não se deve proibir a aplicação da Teoria da Imprevisão “em homenagem ao respeito devido ao que por elas foi efectivamente querido”³⁸⁴, tendo em vista que exatamente contra essa imutabilidade dos contratos que a teoria da imprevisão e as demais teorias vão de encontro. O que de fato se sabe é que o artigo 478 do CC/2002 não repele expressamente a sua utilização aos contratos de pretérito, mas também não especifica a quais se aplicaria. Corrobora este entendimento o § único do supramencionado art. 2035 do CC³⁸⁵.

2.2 Teorias que fundamentam a revisão ou resolução do contrato por fato superveniente

Diversas teorias aspiram deter a complicada incumbência de fundamentar e “recauchutar” a antiga cláusula *rebus sic stantibus*, bem como fazer as vezes desta nos tempos modernos. Entretanto, estamos longe de chegar a um consenso ao considerar uma como a melhor. “A engenhosa e prolífera fundamentação”³⁸⁶ da cláusula *rebus sic stantibus* traz algumas ideias originais, “tentativas de fazer caber onde manifestamente não cabia”³⁸⁷, e

³⁸³ art. 2.035. A validade dos negócios jurídicos e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

³⁸⁴ SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 124.

³⁸⁵ Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

³⁸⁶ SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 29.

³⁸⁷ SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 29.

algumas, na ânsia da originalidade, nada mais são do que meras modificações de anteriores, verdadeiramente precursoras.³⁸⁸

Brilhantemente o jurista Anísio José de Oliveira organizou em dois grandes grupos as mais relevantes teorias que dão fundamento à revisão por fato superveniente causador de excessiva onerosidade, incrementando a divisão que outros doutrinadores nacionais já adotavam³⁸⁹: “[...] umas relacionam a imprevisão a um problema de apreciação da vontade contratual; outras lhe atribuem fundamentos diversos [...]”³⁹⁰. Embora se deva dar destaque à classificação de Orlando Gomes em “Transformações gerais do direito das obrigações”³⁹¹, também excelente e mais objetiva, optou-se por um plano mais amplo. Assim, como fez Marcio Klang³⁹², neste trabalho será adotada a classificação elaborada por Anísio José de Oliveira para adentrar a este item³⁹³, ousando, entretanto, acrescentar algumas teorias, como a Teoria da Imprevisão, a qual o doutrinador supramencionado não fez integrar ao grupo dessas teorias exatamente pelo motivo exposto no início do deste capítulo, qual seja, considerá-la como sinônimo da cláusula *rebus sic stantibus*.

2.2.1 Teorias intrínsecas

Primeiramente se passa à análise das teorias intrínsecas, que vêm a ser subdivididas em: teorias com base na vontade³⁹⁴ e teorias com base na prestação.

³⁸⁸ SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 63.

³⁸⁹ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 201-237; SIDOU, J M Othon. **A cláusula rebus sic stantibus no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, p. 26-43; MAIA, Paulo Carneiro. **Da Cláusula “Rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 1959. p. 147-210. Observação feita, da mesma forma por Renato José de Moraes em MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 31-33.

³⁹⁰ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 208.

³⁹¹ GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2ª ed. aum. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980. p. 95 a 114.

³⁹² KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 20-33.

³⁹³ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 109.

³⁹⁴ Embora modernamente muito criticadas, foram tidas como as que melhor justificam o instituto por grandes autores como, por exemplo, Orlando Gomes, em sua memorável obra: GOMES, Orlando. **Contratos**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 42.

2.2.1.1 Teorias com base na vontade

Dentre as primeiras, destacam-se, Teoria da Pressuposição, da Vontade Marginal, do Erro, da Situação Extracontratual, do Dever do Esforço Médio, da Imprevisão e da Onerosidade Excessiva.

2.2.1.1.1 Teoria da pressuposição

A Teoria da Pressuposição também é conhecida como autolimitação dos negócios jurídicos.³⁹⁵ Criada pelo pandectista Bernard Windscheid, em 1850³⁹⁶, por meio de sua obra “*Diritto delle Pandette*”, primeiro volume, nega a existência de uma cláusula implícita em todos os contratos³⁹⁷ e basicamente diz que aquele que contrai uma obrigação contratual parte do pressuposto de que tudo transcorrerá como de regra ocorre, mantendo assim a vontade inicial, caso contrário, não lhe poderá ser exigido o cumprimento. A pressuposição (*Voraussetzung*) seria uma condição implícita de que o estado das coisas permaneceria inalterado³⁹⁸ ou, alterado dentro de um padrão de normalidade³⁹⁹, do contrário não corresponderia “ao *querer verdadeiro* do autor da declaração de vontade.”⁴⁰⁰

³⁹⁵ NETTO, J.R. Vieira. **O risco e a imprevisão**: duas tendências no âmbito da responsabilidade civil. Curitiba. Juruá, 1989. p. 129.

³⁹⁶ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 144. ZAMBRANO, Guilherme da Rocha. Os novos instrumentos de equilíbrio contratual. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 351.

³⁹⁷ Contudo, Luis Renato Ferreira da Silva entende que esta pressuposição poderia ser expressa ou tácita, devendo, quando da segunda hipótese, somente ser aplicada em casos excepcionais. SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos**: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.102-103. Citado nas mesmas páginas por Luis Renato Ferreira da Silva, Pontes de Miranda critica severamente a teoria quando afirma que se esta não for entendida como uma cláusula tácita, então pode-se dizer a que a aplicação da teoria de Windscheid leva a atender a pressuposição de apenas um dos contratantes. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 25. p. 221-222.

³⁹⁸ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A teoria da base objetiva do negócio jurídico no direito brasileiro. **Revista dos tribunais**. São Paulo, v. 655. 1990. p. 8. SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 48-51; SIDOU, J. M. Othon. **A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas**. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978. p. 24-25; KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 21 SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão**: Revisão contratual. Belém: Cejup, 1989. p. 30; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002. p. 79; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. A revisão contratual por excessiva onerosidade

Tal teoria é seriamente criticada, dado que a obrigatoriedade do vínculo de um contrato pode perder a eficácia em decorrência da manifestação de vontade de uma só das partes, o que traria insegurança aos contratos.⁴⁰¹ Além do mais, peca pela subjetividade, pois aquilo que se passa no íntimo de cada indivíduo não tem relevância para o mundo jurídico, já que qualquer fato pode ser entendido como pressuposto, possibilitando a anulação do negócio jurídico. Não se pode confundir motivo e condição. Aquele só se transforma neste quando convencionado pelas partes.⁴⁰² Apesar de expressa no primeiro projeto do BGB, não veio ao fim a ser aceita pelo código alemão de 1900⁴⁰³, afastada pela 2ª Comissão de Projeto de Código Civil alemão⁴⁰⁴, em virtude dos argumentos de Otto Lenel contrários à adoção⁴⁰⁵, o qual demonstrou que há a possibilidade de existirem casos onde não é possível identificar a pressuposição⁴⁰⁶. O autor, posteriormente, criou a teoria do equilíbrio de interesses. Inobstante as falhas desta teoria, Windscheid teve o mérito de resgatar a relevância da alteração das condições fáticas na execução de um contrato de longa duração.

Alguns autores classificam-na como espécie da teoria da base do negócio jurídico, entendendo a pressuposição como a origem da noção de base subjetiva. Partindo dela, Oertmann e Larenz teriam feito os aperfeiçoamentos chegando à teoria da base tal como ela é

superveniente à contratação positivada no Código de Defesa do Consumidor sob a perspectiva civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 293. FIGUEREDO, Aécio Manoel de Sousa. **Revisão do contrato**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 63 a 65. FRANTZ, Laura Coradini. **Bases Dogmáticas para Interpretação dos artigos 317 e 478 do novo Código Civil Brasileiro**. Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2004. p. 49-55.

³⁹⁹ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 38.

⁴⁰⁰ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 209.

⁴⁰¹ NETTO, J.R. Vieira. **O risco e a imprevisão: duas tendências no âmbito da responsabilidade civil**. Curitiba. Juruá, 1989. p. 130; KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 22.

⁴⁰² OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 113-116.

⁴⁰³ § 742: “Quem faz uma prestação sob a pressuposição, expressa ou tacitamente declarada, de um acontecimento futuro ou de um determinado efeito, não pode repetir do que recebeu aquilo que prestou, se a pressuposição não se cumprir” (FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. Nota 29, p. 210).

⁴⁰⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 26, p. 221.

⁴⁰⁵ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 129; MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 69-70. CORDEIRO, Eros Belin de Moura. **Da revisão dos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 103.

⁴⁰⁶ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 103.

conhecida hoje.⁴⁰⁷ Aqui, ela será considerada uma doutrina própria por ser a primeira a modernamente fundamentar a cláusula *rebus sic stantibus*, bem como porque a maioria da doutrina assim o faz. Quanto às teorias da base, a elas foi reservado um item próprio mais adiante, visto que supostamente fundamentariam a revisão dos contratos no CDC.

2.2.1.1.2 Teoria da vontade marginal

A Teoria da Vontade Marginal também é conhecida como Teoria da Superveniência. O autor Giuseppe Osti, pouco antes do início da Primeira Grande Guerra, mais precisamente em dois textos, pela *Rivista di Diritto Civile*, em 1912 e 1913⁴⁰⁸, dividiu a atuação da vontade em dois tempos: aquela que foi expressa no momento da declaração de vontade e a que se manifesta no momento da execução do contrato, somada à previsão dos esforços que deverá despender para cumprir a obrigação, que é denominada de vontade marginal. Distingue as figuras da vontade contratual e da vontade marginal, sendo a primeira, a vontade de vincular-se à obrigação (ato de vontade ou consentimento), que se perfectibiliza com a simples contratação, e, a segunda, a vontade de cumprir esta obrigação (determinação ou concretização da vontade), esta que depende da vontade do contratante no instante da execução da prestação. É na dissonância entre a dependência do futuro e o que se tinha antevisto como futuro que nasce a desobrigação do promitente. Ainda, quanto à segunda, é composta por dois tipos de representações: as dificuldades objetivas, ou seja, aquelas causadas pelos fatores de tempo e espaço, e as dificuldades subjetivas, que dizem respeito às dificuldades particulares específicas da economia de cada contratante atingido pelo fato onerador.⁴⁰⁹

⁴⁰⁷ FRANTZ, Laura Coradini. **Bases Dogmáticas para Interpretação dos artigos 317 e 478 do novo Código Civil Brasileiro**. Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2004. p. 49. GIANFELICI, Mario César. **La frustración del fin del contrato**. 1ª ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 42 e 43.

⁴⁰⁸ NETTO, J.R. Vieira. **O risco e a imprevisão: duas tendências no âmbito da responsabilidade civil**. Curitiba. Juruá, 1989. p. 131. KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 22.

⁴⁰⁹ SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão: Revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989. p. 31; DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 38-39; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 80. FIGUEREDO, Aécio Manoel de Sousa. **Revisão do contrato**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 65 a 67.

É criticada em virtude de seu subjetivismo, tendo em vista que pode facilmente ser utilizada como escusa para aquele contratante que perceber não ter feito um bom negócio. Ainda muito próxima à ideia da teoria da pressuposição, foi criticada, também, por conferir a uma parte a faculdade de executar o contrato pelo simples motivo de sua vontade não condizer com a vontade inicial. Logicamente ocorre outro ato volitivo no momento da execução, mas aí não mais se tem o poder de querer, sob pena de possibilitar a resolução do contrato pelo arbítrio de uma das partes.⁴¹⁰

2.2.1.1.3 Teoria do erro

De autoria de Achille Giovène e defendida pela doutrina pátria por Jair Lins, essa teoria segue os ensinamentos de Osti, no que tange a diferenciar os momentos da manifestação de vontade e na desobrigação quando estes não estiverem de acordo. No entanto, difere ao considerar que teria havido erro quando ocorre incongruência entre os dois momentos - celebração e execução - em virtude de fato superveniente ao primeiro dos momentos em que fora externada a vontade, tratando-se, portanto, de vontade viciada, o que possibilitaria a anulação do contrato por vício de consentimento, mesmo que somente o acontecimento superveniente onerador revele a inverdade da representação. Essa teoria buscou fundamentar a imprevisão sem fugir ao modelo liberal, adotado pelo Código Napoleônico, que só admitia a nulidade ou anulação de um acordo quando causado por um vício, seja ele do consentimento ou social.

Provavelmente uma das teorias mais criticadas já que a figura do erro como consentimento viciado necessariamente deve aparecer antes da manifestação de vontade. A representação da situação futura pode ter sido errada, mas a vontade foi embasada em elementos corretos, levando em conta o mundo exterior e o estado das coisas. Equivocou-se, Giovène, portanto, quando provocou certa confusão quanto aos momentos do contrato, ou seja, não é possível haver erro entre uma presunção no presente e uma realidade futura (que é naturalmente incerta) e da mesma forma entre uma realidade presente e uma presunção

⁴¹⁰ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991p. 117-119; KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 22-23; FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 211-213 e p. 216-218.

pretérita, até porque a percepção da realidade em nenhum desses momentos esteve em dissonância com a realidade. Entendeu, o mencionado autor, que o erro poderia se dar na segunda manifestação volitiva, isto é, da execução, quando ele, o erro, só é levado em conta no instante da celebração.⁴¹¹ Há quem a defenda, como Pugliesi, argumentando que os dois termos não seriam representação pretérita e realidade atual, mas sim, representação e realidade suposta, podendo, assim ser considerados coexistentes.⁴¹² Entretanto, os defensores são em pequena minoria.

2.2.1.1.4 Teoria da situação extracontratual

A Teoria da Situação Extracontratual é também chamada Teoria da Situação Extraordinária.⁴¹³ Desenvolvida por A. Bruzin, defende que, ao contratar, as partes fazem as previsões possíveis, e quando algo extrapolar o limite da previsibilidade - ou seja, nenhum homem, por melhor antevisão que tenha dos fatos, teria capacidade de prevê-lo – resolver-se-ia o contrato. Tal fato não contido no acordo, por sua natureza imprevisível, faz cessar o vínculo entre os contratantes já que estes não podem estipular além do possível de prever, pois o que foge do campo da previsibilidade será “situação extracontratual”, não sendo possível dar ao contrato uma extensão maior do que a vontade manifestada.⁴¹⁴ Censurada por inviabilizar a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, visto que, se somente se tem como

⁴¹¹ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p.125-127; SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 58-60; KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p.26-27; FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 219-223; SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão: Revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989. p. 32; DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 40; SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 105-106; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 80. FIGUEREDO, Aécio Manoel de Sousa. **Revisão do contrato**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 70 a 71.

⁴¹² FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 222.

⁴¹³ SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão: Revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989. p. 32. FIGUEREDO, Aécio Manoel de Sousa. **Revisão do contrato**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 71 a 72.

⁴¹⁴ KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 27-28; FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 213-215; DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 40; SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 104-105.

válido aquilo que está dentro do contrato, deduz-se que adota veementemente o “pacta sunt servanda”⁴¹⁵.

2.2.1.1.5 Teoria do dever de esforço médio

A Teoria do Dever do Esforço Médio ou da Prestação de Diligência foi idealizada por R. Hartmann, o qual entendeu que, ao contratar, nasce um dever jurídico chamado dever de esforço ao invés dos clássicos dar, fazer, e não fazer. Esse novo dever consiste na obrigação do promitente de empregar o máximo de empenho para realizar a prestação, não mais sendo necessária a constatação de que a prestação foi cumprida visto que não é a obrigação que importa, mas sim a dedicação despendida, ou seja, se o contratante realmente tornou efetivo o dever de esforçar-se o quanto podia para superar o empecilho imposto pelo fato superveniente.⁴¹⁶

Duramente criticado pelos que entendiam que, a prevalecer tal raciocínio, se por ventura a prestação se tornasse menos dispendiosa do que imaginavam os contratantes, mesmo que fosse atingido o fim do acordo, o contrato não teria sido cumprido por falta de maiores esforços. Além disso, a classificação de Demoge, em contratos de meio e de resultado, vastamente aceita, restaria prejudicada, pois, apesar de não encontrar problemas nos contratos de meio, onde não há obrigação de se chegar ao fim desejado, apenas de se esforçar para tanto, torna-se impossível sua aplicação aos contratos de resultado, onde uma das partes se responsabiliza pelo meio e por atingir o fim estipulado.⁴¹⁷

⁴¹⁵ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 129-130; NETTO, J.R. Vieira. **O risco e a imprevisão: duas tendências no âmbito da responsabilidade civil**. Curitiba: Juruá, 1989. p. 132.

⁴¹⁶ SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 36; KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 28; SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão: Revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989. p. 32; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 82. FIGUEREDO, Aécio Manoel de Sousa. **Revisão do contrato**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 72 a 73.

⁴¹⁷ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 131-133.

2.2.1.1.6 Teoria da imprevisão

Acrescenta-se à classificação do primeiro grupo a Teoria da Imprevisão, não examinada por muitos por não ser entendida como espécie de teoria, mas sim como gênero das doutrinas que têm por objetivo servir de base para a aplicação da revisão ou resolução face à onerosidade excessiva. Como o nome já indica, a teoria busca limitar a sua aplicação àqueles fatos imprevisíveis, não bastando para tanto que o fato tenha simplesmente sido imprevisível. A alteração deve ter como característica principal a circunstância de ser impossível prever o fato, à época da celebração do contrato. É por isso que ela se enquadra nas teorias que se baseiam na vontade, pois leva em conta a vontade dos contratantes ao celebrar a avença.

Essa teoria, que para grande parte da doutrina veio a ser adotada pelo CC/2002, será mais bem destrinchada quando das críticas aos artigos do código vigente. É válido, todavia, deixar consignado que aqueles que entendem que ela não é uma teoria isolada devem ao menos observar que a teoria que leva este nome só pode ser utilizada para referência do todo de teorias que entendem necessária a imprevisão para a sua configuração. É ilógico referir-se desta forma àquelas teorias que não preveem o requisito da imprevisibilidade. Por outro lado, os defensores da ideia de que a teoria da imprevisão é sim a nova roupagem da cláusula *rebus sic stantibus* argumentarão que a denominação é proveniente do fato causador da alteração nas circunstâncias não ter sido previsto no contrato e não que este tenha, obrigatoriamente, que ser imprevisível. Afinal, a teoria recebe o nome de “Teoria da Imprevisão” e não “Teoria da Imprevisibilidade”. Mas, ainda assim, creio que não é este o entendimento da grande maioria dos autores, pois quase todos, ao tratarem do requisito da imprevisibilidade, o designam como “requisito que dá nome à teoria”.

Alguns autores⁴¹⁸, como se pretende aqui demonstrar, referem-se à teoria da imprevisão como mais uma dentre as teorias revisionistas⁴¹⁹, explicando, inclusive, sua origem nos acórdãos do *Conseil d'État* francês que, em 30 de março de 1916 proferiu acórdão

⁴¹⁸ Inclusive Regina Beatriz Papa dos Santos, o que de certa forma surpreende, já que pode-se considerar que tal classificação vai de encontro com o título de sua excelente obra: SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão: Revisão contratual.** Belém: Cejup, 1989.

⁴¹⁹ Como Jorge Cesa Ferreira da Silva, por exemplo: SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Adimplemento e extinção das obrigações: comentários aos artigos 304 a 388 do Código Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil. Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale, v.6). p. 169-170.

referente a contrato de concessão de serviços públicos firmado entre a cidade de Bordeaux e a Companhia Geral de Iluminação de Bordeaux - como já mencionado no primeiro capítulo desta monografia - decidindo pela revisão do contrato no que tangia ao valor estipulado, em face da alta no preço do carvão decorrente da ocupação de grande parte das regiões mineiras pelos inimigos de guerra, e pela dificuldade de transporte marítimo, ocasionando um desequilíbrio causado pela exacerbada onerosidade. Analisando este acórdão, Demogue, em artigo publicado pela *Revue Trimestrielle de Droit Civil*⁴²⁰, foi o primeiro a abordar esta forma de extinção de um contrato. De acordo com o jurista, o *Conseil d'État* fundamentou sua decisão na ideia de não ser possível levar alguém à ruína, “matando-se” a parte onerada, para o simples cumprimento de uma obrigação contraída. Já para Ripert, que veio a analisar o mesmo acórdão posteriormente, a abordagem foi no sentido da crítica, visto que a utilização nestes padrões tiraria a utilidade do contrato, e que o fundamento estaria, sim, na questão da imoralidade do credor aplicar seu direito com extremo rigor.⁴²¹

2.2.1.1.7 Teoria da onerosidade excessiva

Vale acrescentar também essa teoria àquelas trazidas por Anísio José de Oliveira, haja vista os muitos doutrinadores que entendem que ela foi a teoria adotada pelos arts. 478, 479 e 480 do CC/2002. Isso se dá porque o CC nacional copiou o CC italiano⁴²² e, em função da origem italiana desta teoria⁴²³, criada por Emilio Betti⁴²⁴, poder-se-ia concluir que consequentemente ambos os códigos basearam-se nesta doutrina. Para outros autores, como Alcio Manoel de Sousa Figueiredo, tal teoria estaria presente no ordenamento jurídico brasileiro no CDC e não nos arts. 478 e seguintes, onde estaria consagrada a teoria da

⁴²⁰ DEMOGUE, René. Obligations et contrats spéciaux. Extinction des obligations. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, v. 15, p. 517-520, 1916. apud SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão: Revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989. p. 33.

⁴²¹ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 32 SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão: Revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989. p. 33.

⁴²² ZAMBRANO, Guilherme da Rocha. Os novos instrumentos de equilíbrio contratual. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 354.

⁴²³ FRANTZ, Laura Coradini. **Bases Dogmáticas para Interpretação dos artigos 317 e 478 do novo Código Civil Brasileiro**. Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2004. p. 83-107.

⁴²⁴ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT. vol. 80, n. 670. ago. 1991, p. 44.

imprevisão de origem francesa. A teoria de origem italiana somente apareceria no CC de 2002 no artigo 317.⁴²⁵ De qualquer modo, ambas as teorias se aproximam muito.⁴²⁶

Neste grupo há ainda a Teoria da Base do Negócio Jurídico, no entanto, como dito, reservar-se-á um capítulo especial para tal teoria em razão da imensa maioria dos juristas nacionais entenderem ter sido essa a teoria adotada pelo Código de Defesa do Consumidor nacional.

2.2.1.2 Teorias com base na prestação

Adentrando nas Teorias com Base na Prestação, serão abordadas as seguintes:

2.2.1.2.1 Teoria do estado de necessidade

Teoria proposta por Lehmann e Coviello, defendia que o promitente que fosse apanhado de inopino pelo fato imprevisto onerador estaria isento das prestações exageradamente dificultosas por se enquadrar na figura do estado de necessidade, instituto aquele que diz que fica eximido da sanção prevista em tipo penal quem pratica ato tipificado como tal, para evitar mal maior. Também o direito civil conta com figura parecida, chamada de Estado de Perigo, espécie de defeito do negócio jurídico que afirma que haveria vício de consentimento, quando declarada em situação de perigo. Este instituto aparece no art. 156 do CC⁴²⁷ e exige a iniquidade do negócio jurídico celebrado, existência de bem ameaçado, risco de dano como causa do negócio – vontade movida pelo salvar-se – e o conhecimento da outra parte. Essa teoria foi encarada de forma negativa porque seus autores consideraram que, no caso desta figura jurídica, quando entram em choque os direitos de dois sujeitos, um deles, para preservar o seu, passa a ter o direito de infringir o de outro. No entanto, o estado de

⁴²⁵ FIGUEREDO, Aécio Manoel de Sousa. **Revisão do contrato**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 141 a 142.

⁴²⁶ GIANFELICI, Mario César. **La frustración del fin del contrato**. 1ª ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 41 e 42.

⁴²⁷ “art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.”

necessidade, assim como a escusa de inadimplir, não é um direito, mas sim uma faculdade. Isso fica mais visível quando reconhecemos que a todo direito corresponde uma obrigação, e neste caso o credor não tem a obrigação de não receber o que lhe era devido pela obrigação contratualmente contraída pela parte que intenta a resolução ou revisão.⁴²⁸

2.2.1.2.2 Teoria do equilíbrio das prestações

A Teoria do equilíbrio das Prestações é também conhecida como Teoria do Equilíbrio dos Interesses⁴²⁹. Apresentada por Giorgi, revela que a culminância de um acordo de vontades está na utilidade comum. Caso fato imprevisto desequilibre o contrato, sua existência, bem como sua execução, ficam seriamente prejudicadas por estarem totalmente ligadas à ideia de igualdade entre as prestações para que o contrato seja útil para ambos os sujeitos. Entende ser o mais acertado a liberação do devedor da prestação onerada, dado que, para o ajustamento, seria necessária uma medida oficial de valor. A intenção tem suas origens na tese da “Justiça Comutativa”, idealizada por Santo Tomás de Aquino, que ensinava o direito à luz da igualdade e da reciprocidade.⁴³⁰

Foi renomeada por Otto Lenel, que a chamava de Teoria do Equilíbrio dos Interesses, e se distinguia por entender que a parte que não sofreu com a alteração superveniente e, portanto, não recebeu a prestação devida em decorrência da resolução, recebesse indenização em virtude de ter confiado na imutabilidade do acordo. Veio a ser criticada na medida que todo aquele que contrata se expõe a certos riscos e buscar o equilíbrio a todo o custo é utópico. Tanto o risco faz parte da arte de contratar que o mesmo pacto pode ter suas bases alteradas por uma segunda vez transformando a exacerbada onerosidade face à majoração da prestação, em um ótimo negócio.⁴³¹

⁴²⁸ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 28-29; SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão: Revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989. p. 32. FIGUEREDO, Aécio Manoel de Sousa. **Revisão do contrato**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 73.

⁴²⁹ SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão: Revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989. p. 32.

⁴³⁰ A questão do equilíbrio será mais bem dissertada quando da análise da teoria com fundamento na equidade e na justiça.

⁴³¹ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 139-141; KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 29-30; DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do**

2.2.2 Teorias extrínsecas

Decompostas as teorias intrínsecas, passa-se às extrínsecas, isto é, aquelas que buscam fundamento para a revisão dos contratos em elementos externos à ele.

2.2.2.1 Fundamento na moral

Ripert e Vorim, embasados nas noções de moral e de segurança econômica⁴³², manifestaram-se no sentido de que, se um contrato é abalado, gerando onerosidade descomunal, provocada por causa superveniente à sua formação, este acordo passaria a ser imoral. Defendem que o credor que se vale de seus direitos com tamanha severidade que vá contra o justo, atenta contra a moral. Ripert⁴³³ vai de encontro a uma regra geral ao defender a ideia do exame do caso concreto sob a ótica da moral⁴³⁴ e deixa claro que tal teoria só é aplicável a casos de extrema gravidade.⁴³⁵

É criticada devido à impossibilidade de definição da palavra chave da teoria: a moral. Como bem aduz Anísio José de Oliveira, o conceito de moral “Oscila até com a ideologia política que o cidadão adote. Há uma moral cristã, como há uma moral budista, ou uma para os ateus. Para os marxistas, é moral o que está de acordo com o interesse, com a finalidade do Estado”.⁴³⁶ Os criadores da teoria falam muito em “sentimento de justiça” e

consumidor. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 41. FIGUEREDO, Aécio Manoel de Sousa. **Revisão do contrato.** Curitiba: Juruá, 2004. p. 73 a 74.

⁴³² SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão: Revisão contratual.** Belém: Cejup, 1989. p. 32. FIGUEREDO, Aécio Manoel de Sousa. **Revisão do contrato.** Curitiba: Juruá, 2004. p. 74 a 75.

⁴³³ RIPERT, George. **A regra moral nas obrigações civis.** São Paulo: Saraiva, 1937.

⁴³⁴ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor.** Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 106-107.

⁴³⁵ SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil.** Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 30-31.

⁴³⁶ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos.** São Paulo: Leud, 1991. p. 144; KLANG, 1983, p. 30-31; FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão.** Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 225-230.

“consciência comum dos indivíduos”, quando, modernamente, já se tem a noção do quão amplo esses termos podem ser.

2.2.2.2 Fundamento na boa-fé

A boa-fé deve ser o guia da hermenêutica contratual, aplicando-se na interpretação de todos os contratos, trazendo ética para dentro dos mesmos. O princípio da boa-fé diz que o sentido literal não deve se sobrepor à verdadeira intenção que se buscava manifestar, como o BGB trouxe expressamente em seu texto nas expressões: lealdade e confiança recíprocas⁴³⁷. Por isso, Wendt e Klenke buscaram nela fundamento para a aplicação da versão moderna da cláusula *rebus sic stantibus*. Também Naquet é mencionado por alguns autores⁴³⁸ e, entre os doutrinadores nacionais, Nehemias Gueiros é o mais citado. É defendida sob o argumento de que o legislador não é capaz de prever todas as possibilidades de situações que possam vir a ocorrer na biografia de um contrato, e que uma regra de interpretação, como a boa-fé, protegeria a parte injustamente lesada pelo acaso. Paradoxalmente, entre inúmeros autores, a boa-fé é utilizada exatamente para fundamentar a inalterabilidade dos pactos a qualquer preço, considerando a boa-fé da parte que contratou, confiando que o negócio jurídico permaneceria intocado até sua total execução.

Quanto às críticas, elas provêm daqueles que entendem que a boa-fé estará presente em tudo nas relações contratuais, contudo não é ela o fundamento, mormente pelo seu conceito inconstante, absolutamente vago, da mesma forma que a moral, trazendo orientação totalmente insegura.⁴³⁹

⁴³⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 43.

⁴³⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 3.ed. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 3. p. 141; KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 31; FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 223; SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão**: Revisão contratual. Belém: Cejup, 1989. p. 32.

⁴³⁹ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 145-146; FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 223-225. FIGUEREDO, Aécio Manoel de Sousa. **Revisão do contrato**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 75 a 76.

2.2.2.3 Fundamento na extensibilidade do fortuito

Essa Teoria é também denominada Teoria da Concepção Subjetiva do Caso Fortuito⁴⁴⁰. Foi criada pelas jurisprudências alemã, inglesa e francesa, e alguns autores admitem-na como a mais antiga das teorias, a qual teria surgido a partir dos glosadores⁴⁴¹. A doutrina entende que, nos casos de onerosidade excessiva, o evento alterador da situação fática é entendido como um fortuito, tornando nula a obrigação impossível de ser cumprida. O que ela pretende expressar, portanto, é que também é nula a impossibilidade subjetiva - possível fisicamente, mas impossível quando se leva em conta a situação particular do contratante - e não apenas a objetiva, como no caso fortuito. Duramente criticada pelos doutrinadores que inadmitem a confusão entre fortuito e cláusula *rebus sic stantibus* feita insistentemente por incontáveis teóricos do direito ao longo da história.

O que essa teoria fez foi ampliar a noção de caso fortuito e força maior⁴⁴², confundindo impossibilidade objetiva com impossibilidade subjetiva. Essa confusão se dá pelo falso entendimento de que a impossibilidade subjetiva (cláusula *rebus sic stantibus*) somente se diferencia da impossibilidade objetiva (fortuito) por uma questão de grau. No entanto, citando Barbosa de Magalhães, Antonio de Almeida Santos desmente este entendimento quando diz que, no mundo jurídico, ao final das contas, tudo se desassemelha por uma questão de grau.⁴⁴³

2.2.2.4 Fundamento na socialização do direito

⁴⁴⁰ SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão: Revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989. p. 30.

⁴⁴¹ MAIA, Paulo Carneiro. **Da Cláusula “Rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 1959. p. 150; SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão: Revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989. p. 30.

⁴⁴² SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 35. FIGUEREDO, Aécio Manoel de Sousa. **Revisão do contrato**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 76 a 77.

⁴⁴³ SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 37.

Inspirado na crescente ideia de socialização do direito e no do dever de solidariedade levantado por Duguit⁴⁴⁴, Ramon Badenes Gasset, acompanhado de Loveau⁴⁴⁵, leva em conta a ideia de considerar os egoísticos interesses particulares como inferiores aos interesses sociais, sustentando que o desenvolvimento da noção de proteção à coletividade impede que, nos dias atuais, alguém seja levado à ruína por contratar. De fato, essa concepção social do contrato, que vem influenciando o direito privado atual, liga-se ao equilíbrio e à confiança dos contratantes.⁴⁴⁶ Com a gradual queda do liberalismo, as normas “de natureza nitidamente publicística penetram a esfera do direito privado”⁴⁴⁷. Bem lembrado pelo jurista Anísio José de Oliveira: “de uma feita, escreveu o insigne prof. Wilson Melo da Silva que, aliás, ou o direito privado se adapta às novas idéias, filhas de imperiosas necessidades sociais de nossos tempos, ou acabará definitivamente absorvido pelo direito público”.⁴⁴⁸

2.2.2.5 Fundamento na equidade e na justiça

Genuinamente brasileira, a teoria surgiu através dos ensinamentos de Arnaldo Medeiros da Fonseca, baseado em Bonecase⁴⁴⁹ e Paulo Carneiro Maia⁴⁵⁰, sendo que o último propõe que a própria noção de direito e equidade são suficientes para a fundamentação que se busca, não necessitando chegar até a moral. Por si só, argumenta o mestre, o sentimento de justiça proíbe-nos aceitar a destruição de um contratante pelo simples fato de ter sido atingido por alteração fática, cuja previsão não lhe podia ser exigida, e ainda acrescenta requisito que, posteriormente, veio a ser exigido pelo CC de 2002: o enriquecimento exagerado obtido de inopino, em decorrência do acontecimento posterior à celebração, pela outra parte, no contrato

⁴⁴⁴ KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 32.

⁴⁴⁵ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 234-235. FIGUEREDO, Aécio Manoel de Sousa. **Revisão do contrato**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 77 a 78.

⁴⁴⁶ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 177. KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 32.

⁴⁴⁷ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 3.

⁴⁴⁸ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 149.

⁴⁴⁹ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 231-232 e p. 244-245.

⁴⁵⁰ MAIA, Paulo Carneiro. **Da Cláusula “Rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 1959. p. 197-210. Citado como criador desta teoria em conjunto do jurista Arnaldo Medeiros da Fonseca por Renato José de Moraes em MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 33.

em discussão, elemento este que, de acordo com Rogério Ferraz Donnini, já teria aparecido desde a Teoria da Pressuposição⁴⁵¹. No mesmo sentido escreveu Ruggiero, que sustentava sua tese com base na necessidade de equilíbrio econômico nas relações contratuais.⁴⁵² Criticada, da mesma forma que a boa-fé e a moral, pela subjetividade do termo equidade⁴⁵³, isto é, fundamentar a revisão por fato superveniente em uma delas certamente acarretará grande risco de não se definir coisa alguma.⁴⁵⁴ A subjetividade do conceito de equidade é tamanha que, como lembra o mestre Serpa Lopes, varia de acordo com as concepções filosóficas, pois, para os jusnaturalistas, aparece como um direito imutável, para os mais relativistas, dependeria do momento histórico. Há ainda aqueles que atribuem ao juiz a tarefa de definir este conceito⁴⁵⁵.

Sem dúvidas, a equidade deve ser levada em consideração no momento da revisão, pois, somente com ela se manterá o sinalagma contratual, instituto ligado à justiça comutativa, criada por Aristóteles⁴⁵⁶, o qual entendia que a justiça particular dividia-se em justo distributivo - que distribuía os ônus e vantagens entre as partes, regulando as relações entre Estado e cidadãos – e o justo comutativo – que regularia as relações privadas, subdividindo-se em sinalgmas voluntários e involuntários. Para os dois, o objetivo primordial é a justiça corretiva, mantendo a proporção que havia, permanecendo, assim, as prestações equilibradas.⁴⁵⁷ Passados vinte e cinco séculos, a humanidade ainda busca a melhor forma de atingir esta meta. Já entre os romanos dava-se importância ao tema. Celso concebia o direito como “a arte do bem e da equidade” (*ius est ars boni et aequi*).⁴⁵⁸ Portanto, nos contratos comutativos, a equivalência das prestações é, de fato, condição *sine qua non*.

⁴⁵¹ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 38.

⁴⁵² SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 31. FIGUEREDO, Aécio Manoel de Sousa. **Revisão do contrato**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 78 a 79.

⁴⁵³ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 151-153; KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 33.

⁴⁵⁴ SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 33.

⁴⁵⁵ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. v. 1. p.142.

⁴⁵⁶ ARISTÓTELIS. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005.

⁴⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT. vol. 80, n. 670. ago. 1991, p. 41. MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 268-269.

⁴⁵⁸ Digesto 1,1,pr. (ULPIANO 1 inst.). apud AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo código civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e; onerosidade excessiva. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 51, n. 308, p. 7-25, jun. 2003.

No que toca ao direito internacional privado, os princípios do UNIDROIT, as mais importantes normas deste ramo do direito, como já visto, elevaram a equidade ao grau de princípio junto da boa-fé.⁴⁵⁹

No direito brasileiro, não tendo sido consagrada no CC de 1916, apenas mencionada nos artigos 1040, inciso IV e artigo 1456, a equidade só veio a ser referida pela lei como forma de julgamento no Decreto 24.150 de 1934 que regulou as locações de fundo de comércio⁴⁶⁰. Maria Helena Diniz recorda o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que, na visão da ilustre doutrinadora, ao obrigar o juiz a atender “aos fins sociais” da lei e as “exigências do bem comum” quando da aplicação da norma, estaria consagrando a equidade:

O artigo 5º está a consagrar a equidade como elemento de adaptação e integração da norma ao caso concreto. A equidade apresenta-se como a capacidade que a norma tem de atenuar o seu rigor, adaptando-se ao caso sub judice. Nesta sua função, a equidade não pretende quebrar a norma, mas amoldá-la às circunstâncias sociovalorativas do fato concreto no instante de sua aplicação.⁴⁶¹

Em três itens dedicados à equidade, o renomado jurista Miguel Maria de Serpa Lopes, em sua obra, bem refere a aplicação desta no momento da interpretação:

Um direito aplicado rigidamente pode determinar uma decisão iníqua, pelo que ao juiz cumpre estudar um modo de interpretação das leis que lhe dê um sentido menos rigoroso.⁴⁶²

[...]

a equidade, como função de interpretação da norma, independe de autorização legal, pois deve ser utilizada para coadjuvar a inteligência do dispositivo interpretando, de acordo com os dados sociológicos que o envolverem e a finalidade que tiver.⁴⁶³

Tendo optado pela classificação doutrinária disposta pelo professor Anísio José de Oliveira, e observando que este não abordou a integralidade das doutrinas existentes, passo agora a discorrer sobre aquelas que ficaram de fora da classificação do ilustre jurista.

⁴⁵⁹ SANTOLIM, César Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 55, jul/set. 2005. p. 67.

⁴⁶⁰ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. v. 1. p. 142.

⁴⁶¹ DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. – 10. ed. adaptada à Lei n. 10.406/2002 – São Paulo: Saraiva, 2004. p. 164.

⁴⁶² SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. v. 1. p.141.

⁴⁶³ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. v. 1. p.143.

2.2.2.6 Teoria baseada na Ideia de cooperação como princípio insito no próprio conceito de obrigação

Bosquejada por Ferrara, essa teoria foi aperfeiçoada por Betti. Ela, próxima à da baseada na socialização do direito, diz que o dever de cooperação entre aqueles que firmam um contrato, deve nortear a revisão por estar presente na própria noção de obrigação.⁴⁶⁴ De acordo com Volkmar, esta é uma ideia nascida no Estado nacional-socialista, que, observando o dever de fidelidade (*Treupflicht*), passou a considerar os contratantes como companheiros de um objetivo comum: o de atingir o fim pretendido na celebração do pacto, e não mais como “adversários que, nos limites da lei, podem dar livre curso ao seu egoísmo”.⁴⁶⁵

De fato, a nova visão do direito não mais enxerga credor e devedor como personagens antagônicos, mas sim como indivíduos voltados a um fim comum.

Neste sentido, Clóvis do Couto e Silva leciona:

Dentro dessa ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas. Transformando o ‘status’ em que se encontravam, tradicionalmente, devedor e credor, abriu-se espaço ao tratamento da relação obrigacional como um todo.

Definem alguns, como Esser, a relação como uma complexidade, cujo conteúdo não se restringe às diferentes ‘actiones’ (‘actio empti’, actio venditi’, actio mutui’, etc.), pois que o relevante para a definição não é propriamente a proteção jurídica, mas o fim a que se dirige o vínculo.

[...]

Os atos praticados pelo devedor, bem assim como os realizados pelo credor, repercutem no mundo jurídico, nele ingressam e são dispostos e classificados segundo uma ordem, atendendo-se aos conceitos elaborados pela teoria do direito. Esses atos, evidentemente, tendem a um fim. E é precisamente a finalidade que determina a concepção da obrigação como processo.⁴⁶⁶

Evidente que não se pode esperar que os contratantes pensem de maneira idêntica, até porque somente exercendo interesses diversos as partes contratarão⁴⁶⁷, mas é possível que cooperem para que ambos alcancem o adimplemento.

⁴⁶⁴ SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 60-62.

⁴⁶⁵ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 235.

⁴⁶⁶ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 8 a 10.

⁴⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 47.

2.2.2.7 Teoria da vontade eficaz

Erich Kaufmann, em 1911, afirmava que, quando a modificação das circunstâncias atinge determinado pacto, põe-se em risco a “finalidade essencial do contrato”, que é ao que se dirige a vontade das partes. Foi disposta juntamente com a teoria do dever de esforço, por Otávio Luiz Rodrigues Júnior, que as classificou em um grupo por ele denominado de “teorias internas com base na prestação” e que, de acordo com este jurista, se afastariam da vontade, acolhendo como base para sua fundamentação a “possibilidade fática de execução”.⁴⁶⁸ Larenz esclarece que a teoria não foi muito comentada pela doutrina civil porque Kaufmann a teria escrito, mormente, para a aplicação ao Direito Internacional Público.⁴⁶⁹

2.2.2.8 Teorias do enriquecimento sem causa e do abuso de direito

Citada por Arnaldo Medeiros da Fonseca⁴⁷⁰ e J. R. Vieira Neto⁴⁷¹, essas teorias, buscando distribuir a revisão por fato superveniente imprevisto no contrato em outros institutos similares, fazem tremenda confusão de conceitos, como analisaremos nas figuras afins do próximo item. Um dos defensores da utilização das teorias conjuntamente com a moral foi o civilista francês Ripert⁴⁷², assim como Perez Serrano. Contudo, foi criticada de maneira veemente, principalmente, por Bonecase, Brusin e pelo próprio Arnaldo Medeiros da Fonseca.⁴⁷³

⁴⁶⁸ Diferentemente da classificação de Anísio José de Oliveira que deu a mesma nomenclatura para um grupo composto pelas teorias com fundamento no estado de necessidade e no equilíbrio das prestações. RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002.

p. 82.

⁴⁶⁹ SIDOU, J. M. Othon. **A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas**. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978. p. 26 SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão: Revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989. p. 32. FIGUEREDO, Aécio Manoel de Sousa. **Revisão do contrato**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 69 a 70.

⁴⁷⁰ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 232-233.

⁴⁷¹ NETTO, J.R. Vieira. **O risco e a imprevisão: duas tendências no âmbito da responsabilidade civil**. Curitiba. Juruá, 1989. p. 139-140.

⁴⁷² RIPERT, George. **A regra moral nas obrigações civis**. São Paulo: Saraiva, 1937.

⁴⁷³ NETTO, J.R. Vieira. **O risco e a imprevisão: duas tendências no âmbito da responsabilidade civil**. Curitiba. Juruá, 1989. p. 139.

2.2.2.9 Teoria do risco

Uma das últimas a ser elaboradas, a moderna e interessante teoria apresentada por Kegel propõe que todo contrato envolve um risco e, mesmo que a prestação se torne extremamente sacrificante para qualquer das partes, o contrato não deve ser revisado ou resolvido se o fato alterador estava contido dentro deste risco plausível. No entanto, quando da ocorrência de um fator que atingisse a coletividade ou grandes grupos, se distribuiria equitativamente o risco que extrapolou o razoável.⁴⁷⁴

Renato José de Moraes - que aplica uma classificação um pouco diversa da que foi adotada neste trabalho - enumera, além da maioria das supracitadas, algumas outras teorias, as quais não se adentrará no mérito para evitar que o trabalho se estenda além do possível, visando evitar uma leitura maçante. Todavia é válida a nomeação destas: teoria da lesão superveniente, da cessação do mútuo consenso, do fim negocial, da reserva virtual, da impossibilidade econômica e do desaparecimento da causa da obrigação⁴⁷⁵. Vale lembrar que nenhuma delas foge muito ao que foi explanado sobre as teorias anteriormente abordadas.

Apesar de a maioria dos modernos doutrinadores optarem pelas Teorias da Base como a melhor forma de fundamentação, a ilação principal, quando se trata das teorias revisionistas supramencionadas, é o que Arnaldo Medeiros da Fonseca chamou de Teorias mistas⁴⁷⁶, já que praticamente todas merecem invocação para que umas possam suprir os defeitos das outras, quando se busca restabelecer o equilíbrio e evitar as injustiças que podem provir de um contrato, não se devendo buscar a perfeita, mas sim a que mais se adapta àquele caso concreto. Assim, há que se dar uma dose de confiança aos juízes, visto que a escolha de uma única teoria para a generalidade dos casos acarretaria injustiça em quase todos. Já, passar para o julgador do caso prático - que tem o contato com todas as circunstâncias que envolvem o contrato - a responsabilidade de revisar, reduz as injustiças a um parco número do qual não há como escapar. Essa sim é, provavelmente, a mais apta solução para servir de alicerce à revisão em decorrência de modificação do ambiente fático posterior à celebração de um pacto,

⁴⁷⁴ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 146-147.

⁴⁷⁵ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 155-156.

⁴⁷⁶ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 236-237.

considerando que os magistrados julgarão à luz dos princípios contratuais, notadamente de acordo com a boa-fé objetiva, a função social e o equilíbrio econômico do contrato.

2.3 Figuras afins

A revisão ou resolução por fato superveniente extremamente oneroso foi e ainda vem sendo vítima de confusões com diversos outros institutos. Buscar-se-á demonstrar as mais notórias dessemelhanças, a fim de distinguir o objeto de estudo das muitas figuras confundidas com as formas modernas da cláusula *rebus sic stantibus*. Esses institutos, da mesma forma que a onerosidade excessiva, valorizam a igualdade e a equidade, dando menor importância para a autonomia privada, demonstrando que a busca por uma noção mais equitativa do contrato é tendência do direito contratual moderno, não se tratando, a cláusula *rebus sic stantibus*, de fenômeno isolado.⁴⁷⁷

2.3.1 Caso fortuito e força maior

A começar pelo caso fortuito e a força maior: consagrados desde os romanos⁴⁷⁸, estão previstos pelo Código Civil Brasileiro no artigo 393 e § único. A distinção entre o caso fortuito da força maior não é pacífica, havendo doutrinadores que as diferenciam: sendo, o primeiro, relativo a acontecimento natural - um raio, por exemplo - e o segundo, referente a fato ocasionado por uma atividade humana - uma guerra -. Entretanto a distinção mais aceita na doutrina é a que diz que ambos apresentam a característica da inevitabilidade, mas que se diferenciam no aspecto da previsibilidade. O caso fortuito seria imprevisível e inevitável, enquanto a força maior seria previsível, mas igualmente inevitável. Muito próximos da matéria estudada, por tratar da extinção de uma obrigação pela impossibilidade de cumprimento de uma prestação em virtude de acontecimento futuro, extrínseco ao risco

⁴⁷⁷ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 29.

⁴⁷⁸ “[...] D., 47, 7, 1, 1: Is vero qui utendum accepit si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest (veluti incendio, ruina, naufragio)... Que significa: O que recebe alguma coisa para usar dela se a perdesse em caso fortuito, que não pode resistir à força humana (como o incêndio, ruína ou naufrágio...) SIDOU, J. M. Othon. **A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas**. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978. p. 66.

assumido⁴⁷⁹, que causa extrema onerosidade a um dos pactuantes sem que haja culpa deste⁴⁸⁰. O fato de se assemelhar em todos estes pontos com a revisão por fato superveniente, acarretou inclusive, como visto, a formação de uma corrente doutrinária que fundia os dois conceitos, considerando a cláusula *rebus sic stantibus* uma forma atenuada de fortuito.⁴⁸¹ Até mesmo porque o caso fortuito e a força maior são figuras que ensejam a inexecução involuntária, que se aproxima da onerosidade excessiva muito mais do que a inexecução voluntária.⁴⁸²

Contudo, não se pode esquecer que, ao contrário da impossibilidade objetiva causada pelo fortuito e pela força maior, no caso da onerosidade superveniente, a impossibilidade não é total, absoluta e muito menos física, mas sim, econômica e, por isso, chamada de subjetiva ou relativa.⁴⁸³ Tal é o que se depreende do artigo 106 do CC/2002 que diz que quando tratar-se de impossibilidade relativa o negócio jurídico não será invalidado.⁴⁸⁴ Após definição de força maior e caso fortuito, Hely Lopes Meirelles refere-se à obrigatoriedade da característica imprevisível do evento causador do fortuito o que reforçaria ainda mais a equivocada união da cláusula *rebus sic stantibus* com este instituto afim por parte daqueles que entendem ser a imprevisibilidade, da mesma forma que ao fortuito e força maior, requisito obrigatório.⁴⁸⁵ Contudo, muito se discute sobre a exigência da imprevisibilidade na revisão por onerosidade excessiva. O mesmo diz-se do requisito da inevitabilidade, não exigido pela cláusula *rebus sic stantibus*⁴⁸⁶, e a possibilidade de reparação ao credor oferecida pela referida cláusula e afastada pelo fortuito e pela força maior. Diferenciam-se, ainda, pelo campo de abrangência já que a revisão por onerosidade excessiva superveniente só se aplica a contratos de execução retardada.⁴⁸⁷

⁴⁷⁹ NETTO, J.R. Vieira. **O risco e a imprevisão**: duas tendências no âmbito da responsabilidade civil. Curitiba. Juruá, 1989. p. 124.

⁴⁸⁰ Extingui obligationem si inciderit in eum casum a quo incipere nom potest. (BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. p. 142).

⁴⁸¹ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 202.

⁴⁸² GOMES, Orlando. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 202.

⁴⁸³ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 39-45; FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 197.

⁴⁸⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002. p. 96. Nota 24.

⁴⁸⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. Atualização de Eurico Andrade Azevedo et. al. 25.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 225-226.

⁴⁸⁶ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 54-55 e p. 200; FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 240.

⁴⁸⁷ SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão**: Revisão contratual. Belém: Cejup, 1989. p. 27-28.

De acordo com o Código Civil, a resolução em decorrência de caso fortuito ou força maior se dará *ex legi* na impossibilidade total (art. 234 do CC) e gera o “exercício de direito formativo extintivo de resolver”⁴⁸⁸ no caso de impossibilidade parcial, mas nenhuma delas se confunde com o nivelamento econômico da contraprestação, realizado através da revisão judicial do contrato por fato superveniente.

Ainda assim, a semelhança entre esses institutos é tamanha que mesmo os Ministros do Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Judiciário brasileiro, atrapalham-se nos conceitos. Em acórdão relatado pelo Ministro Aldir Passarinho, ficou decidido que: “No caso dos autos, não houve caso fortuito e nem força maior para justificar a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* a permitir a alteração unilateral dos contratos dos mutuários”.⁴⁸⁹

2.3.2 Erro

Tantas vezes confundido, o erro acabou por tornar-se não apenas instituto similar e frequentemente confundido com a revisão por onerosidade excessiva, mas também fundamento para a aplicação desta, como foi visto na teoria de Achille Giovène.

O erro (compreensão equivocada da realidade) ou ignorância (total desconhecimento da realidade), previstos do art. 138 ao art. 144 do CC, são vícios do consentimento provocados por uma falsa percepção espontânea da realidade. Em se tratando de defeito do negócio jurídico, a lei prevê a possibilidade de anulação pela parte prejudicada.

Ocorre que o erro é uma ideia, um estado mental que, por encontrar-se em dissonância com a realidade, passa a ser entendida como equivocada.⁴⁹⁰ No erro, a parte age de acordo com a representação que faz do presente e é surpreendida, no futuro, quando percebe que a realidade era outra, sendo que, neste caso, não há fato superveniente

⁴⁸⁸ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 152.

⁴⁸⁹ RE 80.575. in DJ de 27/10/1983; RT 551/177. AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo código civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e; onerosidade excessiva. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 51, n. 308, p. 7-25, jun. 2003. p.16.

⁴⁹⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 97.

imprevisível⁴⁹¹, o contratante é que externou sua vontade com base na representação falha que fizera.⁴⁹²

2.3.3 Lesão

Embora seja, a princípio, causa de anulação, a lesão, assim como a cláusula *rebus sic stantibus*, também pode ser causa de revisão contratual. Por sua incompatibilidade com os ideais liberais, não foi adotada pelo CC brasileiro de 1916, apesar de admitida nas Ordenações Reais, tanto na Afonsina como nas Ordenações Manuelinas e Filipinas onde chegou a ser feita uma distinção entre enorme e enormíssima, quando ultrapassava a metade ou dois terços do valor do bem. Retornou após muitos anos no CC de 2002, em artigo 157, considerada, pelo artigo 171, inciso II, como vício de consentimento, que possibilita a anulação, facultando às partes a manutenção do negócio jurídico quando reequilibradas as prestações, de acordo com artigo 157, §2º. Alguns doutrinadores divergem da noção adotada pelo CC/2002, considerando a lesão como o meio para atingir a finalidade principal deste instituto: o de “[...] punir o credor que tem uma vontade imoral, antissocial, de explorar os mais necessitados.”⁴⁹³ A lesão esteve presente no ordenamento antes do CC/2002 no artigo 6º, inciso V, 1ª parte do CDC.⁴⁹⁴

Nascida nas constituições de Diocleciano, datada de 285 d.C., e de Maximiliano, de 294 d.C., de acordo com C. IV, XLIV, 2, que ordenava:

Impp. Diocletianus et Maximilianus AA Lupo:

Rem maioris preti si tu vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est, ut vel, pretium te restituyente emptoribus, fundum venditum recipias, auctoritate iudicis intercedente, vel, si empto elegerit, quod deest iusto pretii recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.⁴⁹⁵

⁴⁹¹ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 193.

⁴⁹² NETTO, J.R. Vieira. **O risco e a imprevisão**: duas tendências no âmbito da responsabilidade civil. Curitiba. Juruá, 1989. p. 135.

⁴⁹³ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 22.

⁴⁹⁴ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos**: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001.p. 150.

⁴⁹⁵ Caio Mario da Silva Pereira traduz: “Se tu ou teu pai houver vendido por preço menor uma coisa de maior preço, é equitativo que, restituindo tu o preço aos compradores, recebas o fundo vendido, intercedendo a autoridade do juiz, ou, se o comprador o preferir recebas o que falta para o justo preço. Menor porém presume-se ser o preço, se nem a metade do verdadeiro preço foi paga.” em PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Lesão nos contratos**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. apud RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz.

No direito estrangeiro, foi aplicada pela lei francesa de forma muito restrita no artigo 1118 do CC francês; os espanhóis a contemplam no artigo 1291, incisos I e II do CC espanhol; o CC alemão prevê a lesão no § 138 e, em Portugal, este instituto está presente no artigo 282 do CC de 1966.⁴⁹⁶ Esses dois últimos, assim como o CC italiano, no artigo 1448, adotam a mesma solução firmada no CC de 2002 brasileiro.⁴⁹⁷

Comumente confundida com a cláusula *rebus sic stantibus* em decorrência de uma tese adotada por uma gama de grandes doutrinadores, entre eles, Caio Mario da Silva Pereira⁴⁹⁸ e Darcy Bessone⁴⁹⁹, que consideram a teoria da imprevisão como uma espécie de lesão, chamada de “lesão superveniente”.⁵⁰⁰ Essa concepção, contudo, abrangeria a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* a todo e qualquer contrato que sofresse onerosidade excessiva, independente de se era imprevisível, se só não foi previsto ou mesmo naqueles onde houve previsão expressa no contrato, observando, ainda, a falha da impossibilidade de utilização da cláusula *rebus sic stantibus* em contratos não sinalagmáticos.⁵⁰¹

Ocorre que a lesão somente será aplicada em contratos comutativos, pois deve haver desproporção entre a prestação do que forneceu em face do que recebeu, ou seja, o prejuízo deve ser avultado para um e oferecer lucro patrimonial excessivo para o outro. Ademais, é de ser examinada no momento da formação do contrato. Diante de tais requisitos, tornam-se facilmente perceptíveis as divergências entre essas figuras: quanto ao momento em que surgem, já que a lesão é causa de extinção contemporânea à celebração, enquanto a cláusula *rebus sic stantibus* é causa superveniente, ou, como bem definiram Lily R. Flah e Miriam Smayevsky: “constituye un remedio excepcional para paliar gravísimas situaciones modificadoras de las prestaciones acordadas, y no un recurso para sanear negocios

Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002. p. 98. Nota 28.

⁴⁹⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos:** autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002. p. 99-100.

⁴⁹⁷ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”.** São Paulo: Saraiva, 2001. p. 25.

⁴⁹⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Lesão nos contratos bilaterais.** Belo Horizonte, Imprensa Oficial, 1949. p. 127-128, p. 190-191. apud DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor.** São Paulo: Saraiva, 1999. p.57.

⁴⁹⁹ BESSONE, Darcy. **Do contrato:** teoria geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 275-283.

⁵⁰⁰ CARDINI, Eugenio Osvaldo. **Lesion sobreviniente; o, la “teoria de la imprevisión”: actualización de la doctrina, jurisprudencia y legislación nacional y extranjera.** Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.

⁵⁰¹ SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil.** Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 39-43.

originariamente ruinosos”⁵⁰²; a lesão exige inexperiência ou necessidade daquele que foi lesado, requisitos esses dispensados pela referida cláusula; a primeira é tida como vício do consentimento, sendo causa de rescisão e anulação, a segunda, por outro lado, é causa de revisão ou resolução dos contratos; além disso, na cláusula *rebus sic stantibus*, ao contrário da lesão, não há o intuito da parte favorecida em se colocar nesta condição.⁵⁰³

2.3.4 Abuso do direito

Este é um instituto surgido na França e que hoje tem grande aplicação diante da atual visão das ciências jurídicas. A proibição do uso de um direito em desatenção às finalidades sociais e econômicas também pode ser encontrado em 1923, quando a extinta União Soviética previu em artigo 1º de seu Código Civil que “os direitos civis são protegidos pela lei, salvo nos casos em que são exercidos contrariamente ao seu fim social e econômico”, oferecendo uma concepção mais social do direito contratual.⁵⁰⁴ Tal acepção tem se expandido. No Brasil, para parte da doutrina, está prevista no artigo 187⁵⁰⁵ do atual CC. Pressupõe mau uso de um direito de forma a causar dano a outrem, desviando o fim social e econômico do mesmo “sob falsa aparência de legalidade”⁵⁰⁶. Também ensejou uma teoria própria como visto. Entretanto, as teorias revisionistas que reativam a antiga cláusula *rebus sic stantibus* não necessariamente exigem que a parte beneficiada tenha desejado agir em desacordo com os princípios

⁵⁰² FLAH, Lily R.; SMAYESKY, Mirian Colab. **Teoria de la imprevision**: aplicación y alcances, doctrina, jurisprudência. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 35.

⁵⁰³ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002. p. 101; DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 58 e p. 201; SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 29.

⁵⁰⁴ SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 45.

⁵⁰⁵ Há uma discussão doutrinária quanto a previsão do abuso do direito neste artigo. Segundo parte da doutrina – e aí pode-se citar a professora Judith Martins-Costa (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo código civil** (estruturas e rupturas em torno do artigo 187). *Boletim Adcoas*, v. n. 10, p. 309-310, 2003.) – este dispositivo não consagra o abuso do direito. Já para outros doutrinadores - como Bruno Miragem (MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Diretrizes teórico-dogmáticas para a interpretação e aplicação do artigo 187 do código civil**: renovação e possibilidades da teoria do abuso do Direito no Brasil, Tese de Doutorado – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2007.) – tratar-se-ia da positivação deste instituto.

⁵⁰⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 462.

contratuais e, menos ainda, que tenha agido com o fim de lesar a outra parte⁵⁰⁷, mas em virtude de fato posterior passa-se a discutir se seria um abuso, por parte de um dos contratantes, exigir do outro o integral cumprimento da obrigação extremamente onerada.⁵⁰⁸ Não há o intuito de um contratante prejudicar o outro⁵⁰⁹, pois não há nem mesmo qualquer participação dos contratantes na ocorrência da circunstância causadora da onerosidade excessiva.⁵¹⁰ E ainda que se discuta se seria abusar do direito exigir o integral cumprimento de uma obrigação, às custas da ruína do onerado, a princípio não o é, pois, não se pode considerar abusivo “o ato do credor exigir do cocontratante precisamente o que ele se obrigou”.⁵¹¹

A legislação alienígena também se ocupa dessa figura. O Código Civil argentino a regula no artigo 1071; o CC espanhol, no artigo 7º, incluído posteriormente pelo Decreto de 31 de Maio de 1974; o CC português, em artigo 334, e redigido de forma proibitiva, como fez o BGB alemão em § 226: “O exercício de um direito é proibido se somente pode ter por fim causar dano a outrem”⁵¹²

2.3.5 Cláusula de escala móvel

Cláusula de Escala Móvel é o mecanismo que estipula um determinado índice variável para servir de revisor do valor estipulado, mantendo o valor real da prestação. Criada para fugir dos efeitos danosos da inflação que, ao desvalorizar a moeda, desequilibra as prestações contraídas em época, na qual o valor real daquela era compatível com a comutatividade das obrigações, ou, em não se tratando de contratos comutativos, época em que, se executada a prestação imediatamente, não acarretaria a ruína de um dos contratantes. Este instituto foi idealizado exatamente para que não fosse necessário recorrer à revisão

⁵⁰⁷ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 91-92.

⁵⁰⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 102.

⁵⁰⁹ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 56-57.

⁵¹⁰ SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão: Revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989. p. 28.

⁵¹¹ SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 47.

⁵¹² RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 101-103.

judicial, haja vista que a revisão que tem por fato superveniente a inflação, de regra não é aceita pelos tribunais brasileiros⁵¹³, em face da sua previsibilidade, fundamentando suas decisões no fato de que qualquer um que contrate em um país como o Brasil, está sujeito a ser atingido pela inflação, e, portanto, deveria ter se precavido. Outra diferença entre esses institutos está na origem, já que na cláusula de escala móvel há uma convenção prévia para sua adoção, o que não ocorre na cláusula *rebus sic stantibus*, onde a revisão é feita pelo Estado-jurisdição, e, em boa parte das vezes, sem o consentimento de uma das partes.⁵¹⁴

É debatida a questão da possibilidade de revisão por onerosidade excessiva de um contrato que preveja tal cláusula. Todavia, parece que têm razão os defensores da possibilidade de aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* a estes contratos, pois esse índice reajusta as prestações, mas não imuniza o contrato de sofrer um desequilíbrio em virtude de um acontecimento imprevisto.⁵¹⁵ É, então, possível a aplicação aos contratos que, mesmo valendo-se da cláusula de escala móvel, tenham sofrido alteração radical, vindo a ser desequilibrado.⁵¹⁶

2.3.6 Cláusulas abusivas

Surgidas no início do século XX, visam a impedir que, infringindo o princípio da boa-fé, uma cláusula seja incluída em um contrato prevalecendo-se da condição de vulnerabilidade de uma das partes, que se cinge em aderir ou não às determinações ditas pelo outro contratante.⁵¹⁷ Acarreta a nulidade apenas da cláusula discutida, mantendo-se o contrato que agora buscará o objetivo ao qual tinha se proposto quando da celebração.⁵¹⁸

⁵¹³ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 202.

⁵¹⁴ KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 34-35.

⁵¹⁵ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 53-54 e p. 200. SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 101.

⁵¹⁶ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 154. KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 35-37, p. 67-68.

⁵¹⁷ Para um estudo mais aprofundado no que toca ao direito do consumidor : SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

⁵¹⁸ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 150.

Houve quem defendesse que os contratos de adesão não seriam um contrato, tendo em vista que a simples adesão não é uma manifestação de vontade suficiente para tal. Contudo, pode-se dizer que esta ideia não procede por valorizar demasiadamente a autonomia privada.⁵¹⁹

Não pode ser confundida com a revisão por fato superveniente extremamente oneroso em decorrência de ser, assim como a lesão, causa de revisão contemporânea à formação do contrato.

2.3.7 Enriquecimento sem causa

Mesmo tendo o CC/2002 acolhido o requisito da vantagem exagerada para a parte que não foi vitimada pela onerosidade da prestação, absorvendo, assim, a noção de enriquecimento sem causa para dentro da teoria da imprevisão, trata-se de duas figuras autônomas. No enriquecimento sem causa, como o próprio nome diz, exige-se a “ausência de motivo jurídico para a transferência de valores”⁵²⁰, o que não é elemento obrigatório para a utilização da cláusula *rebus sic stantibus*, nem mesmo na forma adotada pelo CC de 2002. Pelo contrário, esta pressupõe a existência de um contrato desequilibrado em razão de obra do acaso, posterior à contratação, que veio a majorar as prestações contraídas como obrigação pela parte prejudicada, o que acarretou a vantagem auferida pela parte contrária.⁵²¹ Vale mencionar que o locupletamento injusto nasce injusto, ao contrário da cláusula em estudo, que se torna injusta em virtude de acontecimento superveniente à formação da convenção.⁵²²

2.3.8 Usura

⁵¹⁹ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 26-27.

⁵²⁰ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 200-201.

⁵²¹ SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão: Revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989. p. 28.

⁵²² SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 43-44.

Muitas das formas de crédito criadas e reconhecidas juridicamente em Roma foram esquecidas no início da Idade Média, enquanto a usura, por sua adequação aos preceitos cristãos, se manteve em decorrência da proibição imposta pela Igreja do empréstimo a juros, aparecendo, inclusive, no direito eclesiástico, passando a ser terminantemente proibida a realização do empréstimo a juros promovido pelo clero, a partir do Concílio Ecumênico de Nicéia, em 325 d.C., proibição aplicada aos leigos, posteriormente. Era tratado como o pecado da usura qualquer forma de juros, e não, como modernamente a concebemos: empréstimo com juros exorbitantes, explorando o devedor. Aos poucos, a Igreja cristã passou a aceitar os juros, para alívio dos comerciantes da época, como sendo o valor pago pelo risco e disponibilidade do crédito, mas desde que equitativo.⁵²³

No Brasil, a usura foi proibida desde a Carta Magna de 1931. Definida como o empréstimo a juros superiores ao dobro da taxa legalmente estipulada em seis por cento ao ano, de acordo com o artigo 1062 do CC de 1916. Na atual Constituição Federal, a vedação à cobrança de juros acima de doze por cento ao ano chegou a ser regra explícita no 192, §3º, hoje, todavia, já revogada. No atual Código Civil, o artigo 406 não determina a percentagem exata, deixando a fixação a cargo da “taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.” Entretanto, alguns casos previstos em lei são excetuados, como os juros cobrados por instituições financeiras, que podem extrapolar este limite. Aqueles que descumprirem essa norma devolverão o valor excedente em face da nulidade das taxas abusivas, de acordo com o artigo 11 do Decreto nº 22.626 de 07/04/1933, sendo prevista sanção criminal no artigo 4º, letra *b*, da Lei nº 1521 de 26/12/1951. Esta constatação é perceptível objetivamente, não sendo necessária a análise da vontade das partes.

A Segunda Seção do STJ editou, em 2009, a Súmula 379 com o seguinte texto: “Nos contratos bancários não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser fixados em até 1% ao mês.” Embora com boa intenção, haverá alguma dificuldade na aplicação desta súmula, pois grande parte dos contratos bancários são regidos por lei específica. De qualquer modo, trata-se de um avanço no combate à usura.

⁵²³ CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 268-270.

Este instituto guarda grande semelhança com a lesão, pois a usura seria uma espécie de lesão que só se aplica às questões referentes às taxas de juros moratórios exorbitantes.⁵²⁴ Detêm inúmeras diferenças em relação à cláusula *rebus sic stantibus* e, por isso, raramente foi confundida, mas não deixa de ser uma figura afim a esta.

⁵²⁴ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 21-25.

3 A REVISÃO CONTRATUAL NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

A revisão dos contratos por fato superveniente está prevista na legislação brasileira. Passa-se, neste ponto, a analisar a forma como foi positivado este meio de readequação do pacto excessivamente onerado.

3.1 O CDC e a teoria da base do negócio

3.1.1 Comentários à teoria da quebra da base do negócio jurídico e sua previsão no código de defesa do consumidor

Apesar de tratar-se apenas de mais uma das inúmeras teorias que buscam alterar o conteúdo de um contrato cujas circunstâncias foram modificadas, destinou-se um item a esta, em decorrência da grande maioria dos autores entender que esta foi a teoria adotada pela lei brasileira⁵²⁵ no artigo 6º, inciso V do CDC⁵²⁶, assim como pelo fato de boa parte entender que esta é a teoria mais bem elaborada, considerando que é aquela que mais se distancia da discussão em torno do desejo das partes e a importância dada a esta manifestação de vontade, já que dispensaria o requisito da imprevisibilidade.⁵²⁷ Porém, conforme estudaremos, há controvérsias.

3.1.1.1 Teoria da base do negócio jurídico

Essa teoria surgiu na Inglaterra, mas, na doutrina alemã, encontrou os mais fiéis adeptos e ficou conhecida como *Wegfall der Geschäftsgrundlage* (quebra da base do negócio

⁵²⁵ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p.174-175.

⁵²⁶ Código de Defesa do Consumidor.

⁵²⁷ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 106.

jurídico)⁵²⁸. Sua origem mais conhecida remonta aos *coronation cases*, casos em que, em 1902, diversas pessoas alugaram lugares como cadeiras, janelas e embarcações para acompanhar a coroação do Rei Eduardo VII, filho da rainha Vitória, que, doente, não pôde comparecer, acarretando o adiamento da celebração. Destaca-se o caso *Krell v. Henry*, datado de 1903, em que ficou decidida a desobrigação do locatário, em pleito proposto pelo locador, visto que a finalidade do contrato era somente a festividade da coroação, que não houvera ocorrido.⁵²⁹ Podem ser citados também os casos *Chandler vs. Webster* e *Herne Bay Steamboat Company vs. Hutton*, sobre o mesmo episódio e também julgados pela *Court of Appeal* no mesmo ano de 1903.⁵³⁰ No entanto, muitos anos antes, em 1647, o caso *Paradine v. Jane*, julgado pelo Kings Bench, veio a adotar a teoria da imprevisão quando julgou improcedente o pedido do locatário de eximir-se do pagamento do aluguel face à invasão da propriedade pelo exército, entendendo que era possível precaver-se contra desgraças desta natureza, incluindo dispositivo contratual que assim regulamentasse. Percebe-se que o pedido não foi acolhido em função da possibilidade de previsão. A partir deste caso, foi criada a *Paradine rule*, adotada pela jurisprudência inglesa por dois séculos. Outro caso abordado pela doutrina diante de sua importância para os rumos do chamado *frustration of contract*, foi o caso *Taylor v. Caldwell*. Alterando a tese da necessidade de previsão exigida pela *Paradine rule*, o referido caso, julgado, em 1863, pelo Queens Bench, em voto do juiz Blackburn, criou uma tese para justificar a *frustration of contract* chamada *implied condition* (condição implícita) que se mantém até hoje. Muito próxima da ideia da cláusula *rebus sic stantibus*, argumenta que os contratos só devem se manter se as circunstâncias permanecerem similares desde a contratação até a execução.⁵³¹ Em 1943, a lei inglesa adotou definitivamente a quebra da base do negócio, quando editada a *Law Reform (Frustrated Contracts) Act*, que determinou que nos casos em que o contrato tenha se frustrado, as cortes podem determinar o valor que deve ser devolvido. O direito norte-americano seguiu o inglês, adotando legislação sobre o assunto. No entanto, há críticas da doutrina americana no sentido de que as Cortes continuam adotando as regras

⁵²⁸ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 128; BUSS, Fernando. **A quebra da base do negócio jurídico nos contratos de crédito rural: fatos alheios supervenientes**. São Leopoldo, 1998. p. 44.

⁵²⁹ Entretanto no caso *H.B.S.C v. H*, o locatário foi obrigado a pagar o aluguel da excursão fluvial, entendendo, a Corte, que mesmo que o Rei não tenha comparecido e não tenha havido a coroação, os navios de guerra estavam no local e podiam ser vistos, deixando claro que a “*frustration of contract*” só ocorre em casos onde haja total frustração do contrato, não cabendo a descumprimentos parciais. AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 162.

⁵³⁰ GIANFELICI, Mario César. **La frustración del fin del contrato**. 1ª ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 24 a 27.

⁵³¹ GIANFELICI, Mario César. **La frustración del fin del contrato**. 1ª ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 22 e 23. GORDLEY, James. **Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 342-344.

do *common law*, simplesmente ignorando o texto legal. Ewan McKendrick reforça a ideia de que “a doutrina do *frustration*, no direito inglês, opera de forma limitada e não pode ser invocada simplesmente porque a execução do contrato tenha se tornado mais onerosa”, na redação original: “[...] the doctrine of frustration in English law operates within very narrow confines and cannot be invoked simply because contractual performance has become more onerous”.⁵³² O que se tem feito é elaborar cláusulas contratuais prevendo hipóteses de fatos supervenientes que eximiriam de cumprimento o atingido. Dentro desses fatos estariam contidos, inclusive, os casos de impossibilidade absoluta, já que no *common law* não existe a figura do caso fortuito e da força maior. Percebe-se, portanto, que um dos berços do renascimento da cláusula *rebus sic stantibus*, hoje, a aplica de forma cautelosa, herança do rigorismo das regras do *common law*.⁵³³

A teoria de influência anglo-saxônica, afastando-se dos princípios morais e religiosos presentes na cláusula *rebus sic stantibus*, concedeu menos importância à vontade e mais ao fato superveniente⁵³⁴. O fortalecimento dos impérios acarretou guerras como as de 1870, Primeira e Segunda Guerras Mundiais em suas disputas pela dominação/controlar político e econômico dos países subdesenvolvidos.⁵³⁵

A teoria em questão não apareceu na redação original do Código Civil Alemão - o chamado *Bürgerliches Gesetzbuch*, ou apenas BGB – lei datada de 1900, época em que as teorias com orientação na quebra da base ainda eram muito recentes. Até o fim do século XVIII prevalecia, no território germânico, o direito comum, *Gemeines Recht*. O BGB, assim como o Código Prussiano que o precedeu (*Allgemeines Preussisches Landrecht* – 1794), o Código Civil Francês (*Code Civil* – 1804) e o Código Austríaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* – 1811), são frutos do Iluminismo. Até 1900, o *Code Civil* vigia na região do Reno, no Oeste, e em Baden, no Sudeste; o Código Civil da Saxônia (*Allgemeines Landrecht* – 1863) atuava em algumas outras regiões e em quase trinta por cento do território ainda estava em vigor o direito comum, sem qualquer uniformidade jurídica, além do direito

⁵³² MCKENDRICK, Ewan. **Force majeure and frustration of contracts**. London: Lloyd's of London, 1991, p. 31. apud SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 132. Nota 13 (tradução livre)

⁵³³ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 127-132.

⁵³⁴ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 126.

⁵³⁵ NETTO, J.R. Vieira. **O risco e a imprevisão: duas tendências no âmbito da responsabilidade civil**. Curitiba. Juruá, 1989. p. 128.

dinamarquês ao norte e do direito austríaco na Baviera, ou seja um país em uma variedade jurídica tão ampla a ponto de possuir mais de cem regimes sucessórios. Após as guerras napoleônicas, o desejo de unificação fez surgir o sentimento nacional e, com ele, o BGB, já que a unificação do direito processual e civil dos territórios membros do recém criado Império Alemão já havia ocorrido. A primeira comissão tinha onze membros, reuniu-se em 1874, e concluiu a obra legal treze anos mais tarde, com a publicação do projeto em 1887. Dentre estes membros havia seis juízes, três servidores públicos do Ministério e dois professores universitários. Um desses ilustres juristas vem a ser o já várias vezes mencionado neste trabalho Bernhard Windscheid, que influenciou os três primeiros livros do código com suas ideias pandectistas. No entanto, não recepcionou alguns dos principais pensamentos pandectistas como a Lesão e a cláusula *rebus sic stantibus*, incorporadas posteriormente pela jurisprudência como quis o próprio BGB nos *Motive*, quando determina que as lacunas serão preenchidas pela jurisprudência e pela doutrina. Pelo mesmo caminho surgiram, no direito alemão, a quebra positiva do contrato, a *culpa in contrahendo*, o contrato com efeito de proteção a favor de terceiro, a expectativa de direito – *Anwartschaftsrecht* -, bem como a alienação temporária a título de garantia. Antes de finalizado este projeto, mais precisamente em 1879, já saía outra grande reforma, entrando em vigor o *Reichsjustizgesetze*, as “leis imperiais da justiça”, que regulava a organização dos Tribunais, criando o *Reichsgericht*, um Supremo Tribunal para todo o império. Publicado, o projeto de BGB recebeu inúmeras críticas como as de *Otto von Gierke*, acusando-o de utilizar uma linguagem muito técnica, de ser abstrato, individualista e entendendo que o texto não tratava das questões sociais, principalmente quanto às necessidades dos mais pobres e mais fracos como um todo. Após algumas tentativas de se adequar às críticas, o projeto foi publicado, entrando no Reichstag, o parlamento alemão, onde afloraram fortes discussões entre os socialistas e os mais conservadores. Ao final, contra a vontade dos socialistas, a lei foi aprovada no verão de 1896, entretanto em vigor apenas no primeiro dia do século XX, simplesmente por vontade do Imperador⁵³⁶. Como bem ressalta Harriet Christiane Zitscher:

O individualismo forte do Código mostra-se, de forma especial, no direito das obrigações. Era um Código burguês, da classe média/média alta, que só tinha em vista o contratante forte, bem informado e inteligente, que podia lutar para si mesmo nas negociações contratuais.⁵³⁷

⁵³⁶ ZITSCHER, Harriet Christine. **Introdução ao direito civil alemão e inglês**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p.85-90.

⁵³⁷ ZITSCHER, Harriet Christine. **Introdução ao direito civil alemão e inglês**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 90.

O direito das obrigações presente no BGB não possuía, até 2002, uma regra geral para a violação dos pactos, apenas para atraso, impossibilidade e as regras específicas para os contratos em espécie. Menos ainda para contratos massificados, ou em que uma parte encontrava-se em posição desfavorável frente à outra. Ocorreu que o § 138 aplicava-se a todos os contratos e criou vários grupos de casos, ou *Fallgruppen* (divididos em grupos que causem ofensa a outra parte, à comunidade, ou a terceiros). Quanto aos negócios que onerem a parte contrária em função de desequilíbrio contratual, entende-se por violação aos bons costumes o aumento de cem por cento além do valor de mercado. Mas foi na boa-fé presente no § 242 do BGB que se baseou a volta da cláusula *rebus sic stantibus* entre os germanos⁵³⁸.

Todavia, alguns autores creem que o surgimento da teoria de fato somente se deu em 1921, quando Paul Oertmann, depois da Primeira Guerra Mundial e da alta inflacionária da moeda alemã, lançou sua obra intitulada *base do negócio jurídico*, que buscou aperfeiçoar a tese de Windscheid.⁵³⁹ Defendia que a “base do negócio” (*Geschäftsgrundlage*) seria a representação mental de uma das partes quando da pactuação, conhecida por ambas as partes e não rechaçado pela outra parte, portanto tacitamente querido⁵⁴⁰, ou seja, quando da realização de um negócio jurídico, as partes tomavam as condições fáticas à sua volta como uma base, e desconsiderando esta base do negócio estar-se-ia indo de encontro com a verdadeira intenção das partes. Ocorre que este critério é unicamente psicológico⁵⁴¹, embora levasse em consideração também a equivalência das prestações. Difere-se da teoria da pressuposição porque não parte de uma declaração isolada e unilateral, como fazia Windscheid, mas sim do negócio jurídico como um todo⁵⁴². Embora criticada por Lenel, logo a teoria foi adotada pelo Tribunal do *Reich*. Em 1923, necessitando de soluções para o caos

⁵³⁸ ZITSCHER, Harriet Christine. **Introdução ao direito civil alemão e inglês**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 93-102.

⁵³⁹ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p.70 e p. 141; KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. 1983, p. 23.

⁵⁴⁰ SIDOU, J. M. Othon. **A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas**. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978. p. 26; FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958, p. 215; SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão: Revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989. p. 3 1; DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 200.

⁵⁴¹ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 71.

⁵⁴² SIDOU, J. M. Othon. **A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas**. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978. p. 27.

que se instaurara naquele país⁵⁴³, a jurisprudência alemã, como o faz até hoje, passou a decidir de acordo com as ideias de Oertmann, apesar do BGB anterior à reforma não ter adotado expressamente uma regra e nem mesmo ter a equivalência contratual como princípio norteador, como referido, os juristas valiam-se do §242 que obrigava as partes a agirem de acordo com a boa-fé. O Supremo Tribunal do *Reich* definiu a base como sendo

as representações sobre a existência e permanência de certas circunstâncias fundamentais, as quais, sem haver chegado a fazer parte do contrato, foram tornadas base do negócio, seja por ambos os contratantes, seja por um só, sabendo-o o outro e não as rechaçando, a cujo efeito não devem tomar-se em conta as variações previstas ou previsíveis.⁵⁴⁴

Depois de bastante estudada por diversos autores como Eugen Locher, Lehmann⁵⁴⁵, Esser, Danckelmann e outros, que procuraram limitar a teoria original, Karl Larenz⁵⁴⁶ trouxe soluções para algumas dúvidas presentes nos demais autores que trataram do assunto, propondo a teoria de maior aceitação após a Segunda Grande Guerra.

[...] consoante linha de pensamento desenvolvida já nos anos 50, na Alemanha, por Karl Larenz, segundo o qual o direito dos contratos não surge exclusivamente dos princípios da autodeterminação e da autovinculação, como posto no liberalismo; agregam-se a estes, os transformando, os princípios da *equivalência objetiva* e da *proporcionalidade medida*, os quais funcionam, no aspecto positivo, para conformar o “direito legal” que integra o contrato (aí incidindo os princípios básicos da tutela à boa-fé e rejeição ao abuso) e, no aspecto negativo, para impor limites ao próprio conteúdo contratual, infletindo nas hipóteses extremas – e todavia, não excepcionais – da *laesio enormis* e do desequilíbrio provocado pelas chamadas “condições gerais dos negócios”, tornando possível a revisão judicial do contrato para o

⁵⁴³ Para ter-se uma idéia do nível de inflação, no ano de 1923, um “marco de ouro” (moeda antiga) equivalia a cerca de 1.000.000.000.000 “marcos de papel”(moeda nova). ZITSCHER, Harriet Christine. **Introdução ao direito civil alemão e inglês**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 105.

⁵⁴⁴ LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento del contrato**. Tradução de Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956, p. 11; KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p.23-24.

⁵⁴⁵ Locher defende que a base não poderia ser a idéia que as partes têm sobre o negócio como quis Oertmann, mas a finalidade a que ambas se propõe. Com isso somente fazem parte da base do negócio circunstâncias entendidas como essenciais para a concretização do fim pretendido, chegando à vontade real e atual das partes. Por isso ficou conhecida como teoria do fim negocial. Lehmann propõe, em glosa a Enneccerus, alguns requisitos objetivos e subjetivos para a aplicação. Muitos outros autores se dispuseram a estudar esta teoria como Serbesco, Wahl, etc. NETTO, J.R. Vieira. **O risco e a imprevisão**: duas tendências no âmbito da responsabilidade civil. Curitiba. Juruá, 1989. p. 133-134; SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos**: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 135. Ou ainda autores como Krückman através de sua doutrina da reserva virtual que criticava Locher por deixar de fora da base do negócio elementos que apesar de não essenciais à finalidade daquele negócio deveriam estar contidos nesta. Cria assim uma vontade virtual que seria o que o autor não tivesse querido se soubesse das modificações futuras. E, por fim, Lorens que aperfeiçoa a distinção entre as bases objetiva e subjetiva. (SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p.51-55).

⁵⁴⁶ LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento del contrato**. Tradução de Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.

restabelecimento da comutatividade, ou relação de equivalência originalmente fixada.⁵⁴⁷

De acordo com este jurista, certamente o mais bem sucedido dos estudiosos da base do negócio, não seria possível tratar simultaneamente todos os pressupostos de uma teoria, esta deveria ser dividida em base subjetiva e objetiva.⁵⁴⁸ A primeira é a esperança ou expectativa presente em ambas as partes, aproximando-se da ideia de base apresentada por Oertmann. Já a segunda é o conjunto de circunstâncias que necessariamente devem permanecer inalteradas para que se possa atingir a finalidade do contrato pretendida, independente de as partes saberem ou não. A base objetiva é, portanto, o resultado da “tensão entre o contrato e a realidade econômica.”⁵⁴⁹ O desfazimento da base objetiva levaria à impossibilidade de atingir o fim do contrato, quer pela destruição da equivalência entre as prestações a ponto de não ser mais possível falar em “contraprestação”, quer pela finalidade de uma das partes ter se tornado irrealizável, embora possível, sem que acarretasse graves prejuízos. Deveriam ser excluídos da possibilidade de aplicação aqueles casos em que as circunstâncias alteradas fossem pessoais, a parte prejudicada estivesse em mora, ou, de acordo com alguns autores, a alteração fosse previsível. Larenz criticava a opção do Tribunal do *Reich* de buscar suporte legal para a aplicação da teoria na boa-fé, alegando que isto ampliaria excessivamente sua aplicação.⁵⁵⁰

Para melhor compreensão, Paul Oertmann apresenta o seguinte exemplo:

A e B comerciam na mesma praça e no mesmo ramo. Todavia A não quer concorrente e propõe a B o afastamento deste do comércio, mediante certa quantia paga periodicamente. Fechado o negócio, B retira-se do negócio e começa a receber o prometido. Acontece que A resolve deixar suas atividades comerciais. ‘Quid jûris?’ Consoante Ortmann, A não mais é obrigado a pagar as prestações prometidas e B pode voltar a comercializar porque houve

⁵⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT. vol. 80, n. 670, ago. 1991, p. 42.

⁵⁴⁸ GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2. ed. aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 101-104.

⁵⁴⁹ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A teoria da base objetiva do negócio jurídico no direito brasileiro. **Revista dos tribunais**. São Paulo, v. 655. 1990. p. 11.

⁵⁵⁰ No mesmo sentido MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 73, Nota 128; SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 55; DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 39-40; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 80-81.

modificação das circunstâncias que os levaram a contratar e a avença não mais representa o que era querido pelas partes: evitar a concorrência.⁵⁵¹

Neste ponto, vale abrir um parêntese, a fim de auxiliar na compreensão do exemplo, para lembrar dos estudos sobre o desaparecimento da causa, que em muito se relacionam com a quebra da base. Enzo Ropo trata do tema em sua obra “O contrato” e afirma: “Quando as razões que justificam as transferências de riqueza projectadas pelas partes se revelam inexistentes, assim como a operação perde qualquer sentido, pode dizer-se que *a causa do contrato falta*.”⁵⁵²

O Código Civil luso, aprovado pelo Decreto-lei 47.344, de 25 de novembro de 1966, é seriamente criticado no que tange ao artigo 437 presente na subseção “Resolução ou Modificação do Contrato por Alteração das Circunstâncias” quando diz “alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar”, haja vista que o legislador adotou a teoria da base na sua forma subjetiva, sendo que é sabido que a forma objetiva da teoria da base é muito melhor elaborada e adequada ao dar importância à modificação das circunstâncias.⁵⁵³

A teoria da base do negócio jurídico opera quando a base do negócio vem a ser quebrada, e isso pode se dar das seguintes formas: impossibilidade de realização da prestação sem que isto acarrete sérios danos à economia do obrigado em função do violento desequilíbrio ocasionado no contrato afetado, vindo a destruir a relação de equivalência a ponto do contrato não poder mais ser considerado como de natureza bilateral⁵⁵⁴, ou ao perder-se a razão do cumprimento, haja vista que as circunstâncias que fundaram a decisão de contratar se alteraram a ponto de se extinguir, isto é, o motivo da contratação simplesmente não mais existe, por exemplo: o relatado caso da coroação do Rei Eduardo VII que deu origem à teoria.⁵⁵⁵ O cerne da questão está em definir o que compõe a base.

⁵⁵¹ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 122-123. Exemplo também mencionado em KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 24.

⁵⁵² ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 201.

⁵⁵³ KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. 1983, p. 40.

⁵⁵⁴ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 121.

⁵⁵⁵ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 139-140.

De acordo com Siebert, “desaparece a base do negócio jurídico, quando a relação de equiponderância entre prestação e contraprestação se deteriora em tão grande medida, que de modo compreensível não se pode mais falar em ‘contraprestação’. (teoria da equivalência)”.⁵⁵⁶

Basicamente, as teorias da base e aquelas fundadas na imprevisão se diferenciam pela exigência da imprevisibilidade somente pela segunda, bastando que o evento tenha alterado a base econômica do acordo e esteja fora da álea normal para aquele negócio jurídico – como afirmam a maioria dos autores - assim como pela necessidade de enriquecimento da outra parte presente apenas nas teorias com base na imprevisão, bem como nas ideias basilares de cada teoria, já que as teorias da quebra da base partem da ideia de boa-fé, ao passo que aquelas que têm fundamento na imprevisão se apoiam na autonomia privada e na força vinculativa dos contratos.

Mas a maior inovação trazida por esta doutrina foi a possibilidade de modificar o contrato de acordo com as novas condições fáticas, enquanto a cláusula *rebus sic stantibus*, em se tratando de um instituto que visa a liberação de uma manifestação de vontade passada e não de reconstrução da vontade, sempre objetivou a extinção do negócio.⁵⁵⁷ Conforme Anísio José de Oliveira, Larenz propunha que o “devedor pode propor a manutenção com uma contraprestação aumentada, para o credor optar entre esta e a liquidação judicial, e da explicação entende-se afinal que, no desacordo, resolve o juiz.”⁵⁵⁸

Vale ainda o registro de que as correntes alemãs mais modernas vêm se distanciando das teorias da base, levando em conta basicamente a distribuição dos riscos, como é o caso de Flume e Fikentscher⁵⁵⁹

⁵⁵⁶ SIEBERT, W. **Treu und Glauben**, 1959. p. 76. Apud COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 135.

⁵⁵⁷ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 141.

⁵⁵⁸ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 122.

⁵⁵⁹ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 137.

3.1.1.2 Código de Defesa do Consumidor

A proteção do consumidor tem sido feita através de intervenção estatal na Economia e ganhou força no século passado, principalmente com os artigos 5º e 10 da Resolução nº 2.542, de 11 de dezembro de 1969 da Organização das Nações Unidas, assim como, alguns anos mais tarde, em 1985, com a Resolução nº 39.248 que recomendava aos governos a aplicação de formas de proteção ao consumidor. Mas foi em 1973 que o direito do consumidor foi de fato reconhecido na 29ª Sessão da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, realizada na cidade de Genebra. No Brasil, a proteção foi realizada por meio da Constituição Federal de 1934, da Lei da Usura – Decreto nº 22.626, de 07 de abril de 1933 -, do Decreto-lei nº 9.840, de 18 de novembro de 1938, do Decreto-lei nº 1.109/1.946, da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1955 – chamada de Lei da Economia Popular – do Decreto nº 91.469, de 24 de julho de 1985, alterado em 23 de junho de 1987 pelo Decreto nº 94.508 que veio a criar o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor e principalmente com a Constituição Federal de 1988 nos artigos 5º, inciso XXXII⁵⁶⁰; 150, §5º⁵⁶¹; 170, inciso V⁵⁶² e 48 da ADCT⁵⁶³ e de maneira aprofundada pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, conhecida por Código de Defesa do Consumidor.⁵⁶⁴

O direito do consumidor é autônomo, não se tratando de uma ramificação de qualquer outra área do direito, a fim de regular as relações de consumo, amparando o consumidor - definido no artigo 2º do CDC -, considerado vulnerável por este código atento à máxima que define o justo como tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades a fim de atingir a isonomia e o equilíbrio⁵⁶⁵ – artigo 4º, inciso I e IV -, em sua relação com o fornecedor – artigo 3º -, mediante uma interpretação que sempre lhe é favorável, tendo o serviço ou produto por objeto – artigo 3º, §§ 1º e 2º -, valendo-se de

⁵⁶⁰ “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.”

⁵⁶¹ “A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.”

⁵⁶² “art.170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V – defesa do consumidor.”

⁵⁶³ “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.”

⁵⁶⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 158-159.

⁵⁶⁵ Que também está presente na figura da inversão do ônus da prova (inciso VIII do artigo 6º).

uma linguagem própria.⁵⁶⁶ Em função de todas as suas modernidades, o CDC relativizou os princípios da autonomia privada e o brocado do *pacta sunt servanda*, transformação esta que vem se solidificando desde a revolução industrial, com a massificação da sociedade e conseqüentemente o surgimento dos contratos de adesão, já que a ideia clássica de contrato pressupõe igualdade entre as partes. O modelo liberal tornou-se instrumento de opressão dos economicamente favorecidos sobre os mais fracos⁵⁶⁷

O artigo do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078 de 11/09/1990 - que, conforme a maior parte da doutrina, traz consigo a teoria ora em comento e vincula os contratos expressamente à cláusula *rebus sic stantibus*⁵⁶⁸ é o artigo 6º, inciso V⁵⁶⁹. Este dispositivo legal regula não apenas a revisão por fato superveniente - sinalagma funcional - mas também a por fato concomitante à celebração do contrato – sinalagma genético, como visto quando da abordagem do sinalagma Aristotélico -, isto é, a lesão, institutos que visam a justiça contratual.⁵⁷⁰ Entende-se que o legislador tratou a exigência do cumprimento de um contrato excessivamente desequilibrado como tão injusto quanto locupletar-se da ignorância do outro contratante. Mais do que isso, essa lei, não apenas na redação deste artigo, mas em todo o texto legal, busca a igualdade real, protegendo o consumidor, parte vulnerável da relação. Para tal redação, o legislador baseou-se nos seguintes princípios: O princípio da vulnerabilidade que está expresso no artigo 4º, inciso I do CDC⁵⁷¹; O princípio da boa-fé objetiva e o primado do equilíbrio ou equidade contratual que estão presentes no artigo 4º, inciso III⁵⁷², sendo que o último está expresso no próprio artigo 6º, inciso V.⁵⁷³

⁵⁶⁶ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 133-137, p. 145 e p. 204-206.

⁵⁶⁷ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 146-149.

⁵⁶⁸ SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: lei n. 8.078, de 11.9.90**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 166.

⁵⁶⁹ “art. 6º. São direitos básicos do consumidor: [...] V – A modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.”

⁵⁷⁰ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 281.

⁵⁷¹ “art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendendo os seguintes princípios: I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.”

⁵⁷² “art 4º [...]: III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre os consumidores e fornecedores.”

⁵⁷³ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 163.

Modernamente tem-se questionado algo que estava sedimentado na doutrina. Alguns autores defendem a ideia de que o requisito da imprevisibilidade se faz presente nas teorias da base.⁵⁷⁴ A maior prova disso está na redação do § 313 do BGB, incluída pela reforma do Direito das Obrigações vigente desde 1º de janeiro de 2002, que será melhor abordado quando tratarmos do requisito da imprevisibilidade. Esse dispositivo exige que o evento onerador seja imprevisível, e considerando que a jurisprudência alemã já o havia consolidado há muito tempo no sentido da adoção da teoria sob estudo, e que o BGB não adotou outra, conclui-se que a Teoria da Base não se aplica aos casos em que as mudanças sejam previsíveis. Mas muito antes disso, logo que a teoria foi elaborada e adotada pelo Tribunal do *Reich*, percebe-se que, ao definir a base, exigiu que fossem dispensadas as “variações previstas ou previsíveis”.

Isso leva a crer que o CDC consequentemente não adotou a Teoria da Base, pois, definitivamente essa lei não exige a imprevisibilidade do evento onerador para sua aplicação. Seria, portanto, uma teoria nova, ainda mais desvinculada dos ideais voluntaristas, ou seja, a primeira tese neste sentido, já que, como vimos, a ligação com a imprevisão leva, necessariamente, a um liame com o voluntarismo jurídico.

Esta lei é a primeira a reconhecer a revisão em casos de modificação das circunstâncias contratuais que venham a desequilibrar o pacto, agindo em conformidade não apenas com o primado da manutenção dos contratos, como com o artigo 51, § 2º da mesma lei que expressa o princípio da continuidade dos vínculos.⁵⁷⁵

Notável a teoria adotada pelo CDC principalmente por exigir o mínimo de requisitos possível. Não exige que os fatos sejam imprevisíveis, irresistíveis ou extraordinários⁵⁷⁶; não busca definir o que é desproporcional e nem mesmo declara obrigatória a ausência de culpa; apenas exige que a execução do contrato seja continuada ou diferida e o acometimento de uma excessiva onerosidade.⁵⁷⁷ O rigorismo na exigência de diversos requisitos tem o condão

⁵⁷⁴ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 73.

⁵⁷⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 171.

⁵⁷⁶ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p.173 e p. 206.

⁵⁷⁷ A Terceira Turma do STJ, no RESP nº 268.661/RJ, j. 16-8-2001, DJU de 24-9-2001, p. 296, rela. A Sra. Min. Nancy Andrighi, já decidiu que não é necessário a imprevisibilidade do evento superveniente quando julgava os pedidos de revisão de contratos mercantis, baseados no CDC, acometidos por excessiva onerosidade em função do repentino abandono do sistema de paridade entre o real e o dólar norte-americano que o governo

de criar uma teoria sistemática da revisão por fato superveniente, o que a história tem provado ser inviável, trazendo somente uma segurança jurídica ilusória. Na Itália, os requisitos presentes no artigo 1467 do *Código Civile* de 1942 estão claramente definidos, e depois de quase sete décadas de discussão, ainda não se chegou a uma conclusão sobre a abrangência desses elementos. Os pressupostos obviamente devem estar presentes nos dispositivos legais que regularem a matéria como ela de regra ocorre, pois são como uma “bússola” para auxiliar e orientar na decisão que determinar se deve ou não ser o desequilíbrio sanado. O que se volta a frisar nesta monografia é que não se pode tê-los como regra absoluta, imune a exceções e a hermenêuticas mais flexíveis. À vista disso, o que acaba por ocorrer é que o juiz fica impossibilitado de moldar a teoria ao caso concreto, deixando de aplicar a teoria, causando injustiças e gradativamente fazendo-a cair no esquecimento. É o que provavelmente virá a acontecer com o Código Civil de 2002, que preza pela definição exata, restringindo sua aplicação enormemente e privando o julgador de bem aplicar a lei.⁵⁷⁸ Alguns autores fazem certas críticas à dispensa da imprevisibilidade nos casos de relação de consumo, entendendo que, se utilizado com excesso, pode, assim como outras prerrogativas e direitos do consumidor, voltar-se contra ele mesmo, na medida em que aumenta as despesas operacionais dos fornecedores refletindo nos preços dos produtos.⁵⁷⁹ Entretanto este pensamento, se levado à risca, afirma que não deveria haver previsão de qualquer direito aos consumidores, pois ao criticar o fato de que o exercício do direito por uns consumidores onera os produtos oferecidos aos demais, afirmam, a *contrario sensu*, que os direitos dos consumidores são desfavoráveis a estes, o que evidentemente é um disparate.

Um problema de suma relevância está na legitimidade para alegar o artigo 6º, inciso V, em seu favor, pois entre particulares já está cristalino que ambas as partes podem alegar a cláusula *rebus sic stantibus*, inclusive quando se tratar de lei específica protetiva de uma das partes, como na locação, quando locador e locatário podem argui-la a fim de livrar-se da

realizou, acarretando uma variação cambial que pegou os consumidores de inopino. Conforme trecho da decisão: “O preceito insculpido no inciso V do artigo 6º do CDC dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor.” RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002. p. 165 e p. 167-169. Na época, ano de 1999, a desvalorização cambial da moeda norte-americana levou sua cotação que antes estava estabelecida entre R\$ 1,20 e R\$ 1,32 para R\$ 1,65 e R\$ 1,70. ZAMBRANO, Guilherme da Rocha. Os novos instrumentos de equilíbrio contratual. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 357.

⁵⁷⁸ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 274-276, p. 281-282.

⁵⁷⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 470.

obrigação como se encontra. Para Otávio Luiz Rodrigues Júnior, não se pode impedir os fornecedores de valer-se deste dispositivo, pois podem muito bem ser acometidos pela onerosidade excessiva. O que mudaria seria a apreciação do Judiciário que decidirá sempre à luz do princípio da vulnerabilidade do consumidor, restringindo, também, esta aplicação à simples revisão, sendo facultado somente ao consumidor a escolha entre resolver ou revisar.⁵⁸⁰

O termo “onerosidade excessiva” também foi aplicado pelo legislador do estatuto consumerista no artigo 51 § 1º, inc. III.⁵⁸¹ Este artigo trata das cláusulas abusivas, fundamento frequente para os pedidos revisionais. Este parágrafo, em especial, é mais uma forma de positivação da revisão dos contratos por fato superveniente na medida em que presume exagerada – e, portanto abusiva – cláusula que onere excessivamente o consumidor.

O art. 51 considera nulas de pleno direito as cláusulas dispostas em rol exemplificativo. O § 2º deste artigo determina que, quando for possível “isolar a cláusula abusiva do contexto contratual, sua nulidade fica restrita a seu próprio conteúdo”⁵⁸² em respeito ao princípio do *utile per inutile non vitiatur*. Esse dispositivo também prevê a possibilidade de que, anulada a cláusula abusiva, o magistrado possa revisar o restante do contrato a fim de preservá-lo. Sendo impossível, resolve-se o negócio.⁵⁸³

Não abordaremos o tema das cláusulas abusivas especificamente, dada sua complexidade, bem como por não ser este o propósito deste estudo, mas é imprescindível sua menção visto que serve como forma de embasar a aplicação da revisão por excessiva onerosidade no CDC.⁵⁸⁴

⁵⁸⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002, p. 166 e p. 171.

⁵⁸¹ “art 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. (...) § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: (...) III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.”

⁵⁸² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. - Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 29 e 30.

⁵⁸³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. - Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.30.

⁵⁸⁴ Sobre o tema: ITURRASPE, Jorge Mosset. Las cláusulas abusivas en la contratación (Informe del derecho argentino). **Revista de direito do consumidor**, nº44. São Paulo: RT, out/dez 2002. p. 49-67. e na doutrina

Outro artigo que carrega em seu texto certa proximidade à ideia de revisão em função de ônus superveniente é o artigo 40 do CDC, quando dos parágrafos 2º e 3º⁵⁸⁵. Estes dispositivos determinam que, após a aprovação do orçamento, o consumidor não arcará com valores não previstos na estimativa previamente elaborada, surgidos no curso do tempo. Contudo, nada impede que o fornecedor, amparado pela teoria da imprevisão, estipule cláusulas como as de alteração dos valores avençados caso ocorra um aumento no preço dos materiais ou no salário dos empregados alheios à vontade do fornecedor.⁵⁸⁶

Também o art. 46 da mesma Lei, que trata da proteção contratual, relaciona-se com o tema ao exigir a compreensão plena pelo consumidor do sentido e alcance do contrato que está a firmar.

3.1.1.2.1 A proteção contratual do consumidor no direito comparado.⁵⁸⁷

Além de seus códigos de proteção e defesa do consumidor – que aqui não serão examinados de modo aprofundado dada à extensão da matéria – boa parte dos países destina uma proteção ao consumidor específica para os contratos.

Portugal aborda a defesa do consumidor na Lei 29, de 22 de agosto de 1981, sendo que é no artigo 7º⁵⁸⁸ desta lei que está disposta a proteção contratual e a busca pela isonomia, mais especificamente quanto às cláusulas abusivas.

nacional: SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

⁵⁸⁵ “art.40. O fornecedor de serviço será obrigado a entregar ao consumidor orçamento prévio discriminando o valor da mão-de-obra, dos materiais e equipamentos a serem empregados, as condições de pagamento, bem como as datas de início e término dos serviços. [...] § 2º. Uma vez aprovado pelo consumidor, o orçamento obriga os contratantes e somente pode ser alterado mediante livre negociação entre as partes. § 3º. O consumidor não responde por quaisquer ônus ou acréscimos decorrentes da contratação de serviços de terceiros, não previstos no orçamento prévio.”

⁵⁸⁶ SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: lei n. 8.078, de 11.9.90. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 371-373 e p. 375.

⁵⁸⁷ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 155-165.

⁵⁸⁸ “O consumidor tem direito à igualdade e à lealdade na contratação, traduzidas, nomeadamente:

- a) Na protecção contra os abusos resultantes da adopção de contratos tipo e de métodos agressivos de promoção de vendas que prejudiquem a avaliação consciente das cláusulas contratuais e a formação livre da decisão de contratar.
- b) Na redacção de forma clara e precisa, e em caracteres facilmente legíveis, sob pena de se considerarem como não escritas, das cláusulas de contratos que tenham por objecto o fornecimento de bens ou serviços.”

A Espanha conta com a Lei 26/1984, editada em 19 de julho, intitulada *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Neste país, este é um direito constitucional previsto na Carta Magna de 1978, em seu artigo 51º.

Na Itália, não havia uma lei especial com a finalidade de defender o consumidor até o Decreto Legislativo nº 206 de 6 de setembro de 2005 que, nos termos do artigo 7º da Lei nº 229, de 29 de julho de 2003, criou o Código de Defesa do Consumidor italiano⁵⁸⁹, suprimindo uma falha grave, pois, apesar da matéria contratual estar bem servida com os muitos artigos do Código Civil italiano, estes não se aplicam a uma relação de consumo em virtude da desigualdade abismal que há entre as partes, clamando por uma hermenêutica mais favorável ao consumidor, parte fraca da relação. Ainda assim, mesmo antes do CDC, o Código Civil relativamente supria a falta de uma lei especial ao dispor no artigo 1370 que, na dúvida, os contratos são interpretados a favor do contratante que não teve a iniciativa da sua redação, assim como o artigo 1341, que trata das cláusulas abusivas, embora haja uma extrema dificuldade de aplicação deste último artigo devido à falta de normas que possibilitem ao juiz aplicá-las, nem um órgão governamental que fiscalize os contratos desta natureza. Hoje este controle é feito pelo CDC italiano, notadamente na sua Parte III.

A Alemanha, desde 2002, possui um microsistema que regula o direito do consumidor dentro do BGB⁵⁹⁰, e ainda protege o comprador nos contratos de compra e venda com os §§ 463 e 480 do mesmo código que determina que o comprador pode requerer o ressarcimento dos prejuízos causados pelo inadimplemento quando a coisa vendida não possui as qualidades prometidas pelo vendedor. Em função da proibição expressa pelo direito alemão, no caso de dolo na ocultação dos vícios que se apresentaram, o vendedor se torna responsável perante o comprador. Além disso, a Alemanha valoriza muito a boa-fé nas relações contratuais (*entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen*), que somado ao controle judicial rigoroso possibilita a proteção dos vulneráveis. Quanto às cláusulas abusivas em contratos de adesão, há uma lei, desde 09 de dezembro de 1976, conhecida por ser pioneira na proteção dos consumidores frente às

⁵⁸⁹ A lei nº 229 de 2003 foi uma *legge delega*, ou seja, uma lei que atribui ao governo a realização de um ato legislativo (o decreto legislativo). Desta forma, não foi o parlamento que criou o CDC, mas o governo através de um decreto legislativo (nº 206 de 2005) e nos limites do poder conferido por delegação do parlamento. Portanto, oficialmente, quando se fala do CDC italiano se refere ao Decreto Legislativo de 2005, que entrou em vigor em 2006.

⁵⁹⁰ CORDEIRO, António Menezes. **Da modernização do Direito Civil**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2004. p. 117-127.

empresas, chamada de AGBG – *Gesetz zur Regelung des Rechts des Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, para a Regulação do direito das Condições Gerais dos Negócios. Essa lei dispõe, portanto, sobre as condições gerais de contratação. A AGBG foi alterada em 19 de julho de 1996 por uma diretiva da União Europeia sobre cláusulas abusivas em contratos de consumo denominada *EG-Richtlinie über Mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen-RiL*, de 5 de abril de 1993, que definiu que não mais é necessário que o contrato seja elaborado para um grande número de pessoas, característica dos contratos de massa, bastando que haja desigualdade entre os pactuantes⁵⁹¹. A fim de proteger o consumidor das cláusulas abusivas, essa lei restringe a liberdade de formar contratos, chamada de *Vertragsgestaltungsfreiheit*, de que gozam os estipulantes (*Verwender*). Compõe-se de trinta parágrafos, sendo que, no § 24, está definido o contrato de consumo.⁵⁹² Além dessa lei, a *VerbrKrG* e a *HausTWG* protegem contratualmente o consumidor. A primeira é a lei de crédito ao consumo (*Verbrauchercreditgesetz*). Publicada em 17 de dezembro de 1990 regula os contratos de agenciamento de crédito (*Vermittlungsverträge*) em seus dezoito parágrafos. A segunda é a lei sobre a revogação de negócios realizados na porta de casa e negócios semelhantes (*Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften*). Publicada em 16 de janeiro de 1986 e alterada pela *VerbrKrG* de 1990, em seus sete parágrafos visa liberar o consumidor do contrato firmado nestas condições, já que nestes casos a anuência se dá em decorrência da agressividade das técnicas de oferta baseadas na surpresa que conduzem o consumidor a uma aquisição que, após um melhor raciocínio se mostra desnecessária. Extracontratualmente, a proteção do consumidor se dá através da *ProdHaftG*, assim como a *ProdSG*. Aquela aborda a responsabilidade por produtos defeituosos (*Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte – Produkthaftungsgesetz*). Publicada em 15 de dezembro de 1989, entrou em vigor em 1º de janeiro de 1990 e foi alterada em 25 de outubro de 1994. Atende a Diretiva da União Europeia sobre Responsabilidade sobre os produtos de 25 de julho de 1985. De acordo com o § 1º dessa lei

⁵⁹¹ No entanto, fica expresso no §23, I, a sua não aplicação aos contratos de trabalho, de direito de família e de direito das sociedades.

⁵⁹² “Nos contratos entre uma pessoa, que negocia no exercício de sua atividade profissional, industrial ou comercial (Unternehmer – empresário) e uma pessoa física, que celebra um contrato com uma finalidade, que não seja relacionada à atividade industrial ou profissional própria (Verbraucher – consumidor), são as disposições dessa lei, com as diretrizes seguintes a serem aplicadas: 1. condições gerais dos negócios consideram-se estipuladas pelo empresário se elas não são colocadas no contrato pelo consumidor; 2. os §§ 5º e 6º e 8º a 12 são também aplicáveis às condições contratuais pré-formuladas, quando essas somente forem determinadas para uma aplicação certa e enquanto o consumidor, com base na pré-formulação, não influenciou no seu conteúdo; 3. na determinação do prejuízo desmedido com fundamento no §9º, são também analisadas as circunstâncias do momento da celebração do contrato” (ZITSCHER, Harriet Christine. **Introdução ao direito civil alemão e inglês**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 216-217).

caso alguém for lesionado, morto ou tiver sua integridade física ou econômica prejudicada, o fabricante (*Hersteller*) deve indenizar o usuário (*Benutzer*) lesado. Já a *ProdSG* é a lei sobre exigências de segurança de produtos e para a proteção do símbolo “CE” (*Gesetz zur Regelung der Sicherheitsanforderungen an Produkte und Schutz der CE-Kennzeichnung-Produktsicherheitsgesetz*). Publicada em 2 de abril de 1997, só entrou em vigor em 1º de fevereiro de 1998. Sua finalidade encontra-se no §1º do texto legal: garantir que somente produtos seguros para utilização sejam comercializados, aplicando a marca “CE” naqueles que estiverem em conformidade com esta lei. Ainda assim, com esta gama de leis espalhadas pelo ordenamento jurídico germânico, o BGB, que preenchia as eventuais lacunas na proteção ao consumidor, juntamente com a doutrina e a jurisprudência daquele país⁵⁹³, hoje regula todo o direito do consumo, desde a reforma de 2002.

A proteção contratual francesa veio principalmente com o advento da Lei n° 78-23, de 10 de janeiro de 1978 que serve como um sistema de controle administrativo das cláusulas abusivas, mediante uma Comissão de Cláusulas Abusivas com a função de examinar os modelos de contratos de adesão criados pelas empresas, fiscalizando se há alguma lesão a um direito do consumidor. O Decreto n°78.444, de março de 1978, proibiu cláusulas que prevejam a adesão a estipulações que não figurem no documento que assina; que tenha por objeto reduzir o direito à indenização por descumprimento da obrigação pelo fornecedor, em contratos de compra e venda; que reservem somente ao fornecedor o direito de alterar, unilateralmente as características da coisa a entregar ou serviço a prestar; e finalmente cláusulas que concedam garantias contratuais sem mencionar de forma clara que não afetam nenhuma das demais garantias previstas em lei. Mesmo que não tenha sido vedada pelo decreto, pode uma cláusula ser suprimida através de um requerimento de uma associação de consumidores. Além, é claro, da proteção contratual prevista no CDC francês, o *Code de la Consommation*.

Noruega, Suécia, Finlândia e Dinamarca possuem legislações específicas com a função de amparar o consumidor e ainda contam com o chamado *ombudsman*, um órgão especial para atender aos reclamos dos consumidores.

⁵⁹³ ZITSCHER, Harriet Christine. **Introdução ao direito civil alemão e inglês**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 211-232.

Saindo da Europa, vale comentar a legislação argentina, que com a Lei n° 24.240 de 1993 regulou a proteção do consumidor, inclusive contratual. Como veremos mais adiante, nesta lei estão definidos consumidor, no seu artigo 1º, e fornecedor (*proveedor de cosas o servicios*), no artigo 2º.

No Japão, há lei prevendo a proteção contratual do consumidor desde 12.05.2000⁵⁹⁴, contudo desde 1968 há o “Ato Fundamental da Proteção ao Consumidor”. Criada em 1969, a União dos Consumidores do Japão, que representa os consumidores, publica a cada dez dias um “Relatório do Consumidor”, que traz informações importantes. Esta entidade privada também realiza campanhas em favor dos direitos do consumidor.

Passando aos países mais importantes do *common law*, nos Estados Unidos o *Uniform Commercial Code* definiu diferenças entre as vendas ao consumidor e aquelas realizadas entre comerciantes, assim como na Inglaterra, que seguiu a fórmula do *Uniform Commercial Code*, ao adotar o *Supply of Goods Act*. Os ingleses contam, ainda, com uma estrutura para a proteção do consumidor, baseando-se, principalmente na Secretaria de Estado para o Comércio e Indústria (*Secretary of State for Trade and Industry*), que veio a receber grandes poderes com a *Consumer Safety Act* (CSA) de 1978.

Tradicionalmente, o direito inglês é fundamentalmente apoiado no princípio do *freedom of contract*, que corresponde à autonomia privada para o direito continental. Conhecida pela força das correntes liberais, a Inglaterra do século XIX adotou um livre comércio quase que desligado do Estado. Tanto assim o é que entre 1760 e 1850 uma gama de figuras jurídicas, algumas medievais, como é o caso da cláusula *rebus sic stantibus*, desapareceu daquele país. Nessa época, a relação de consumo era tida como “entre iguais”, entendendo que ambos possuíam o mesmo poder de barganha. Somente em 1893, com a edição do *Sale of Goods Act* (SGA) que se iniciou a proteger o contratante mais fraco. A ideia de perda da finalidade do contrato aparece com a doutrina da *fundamental breach of contract* que obrigava a aquele que descumpriu o contrato, a ponto de não haver mais utilidade para a outra parte, que deveria indenizá-la e o contrato ser extinto. O SGA foi modificado pelo supramencionado *Supply of Goods (implied terms) Act* (SuGA), de 1973. Em 1979, houve ainda a implementação do *Sale of Goods Act 1979* (SGA 1979), no entanto, esses dispositivos

⁵⁹⁴ JAPÃO, Lei de Contratos de Consumo, de 12.05.2000. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 43, jul./set. 2002.

abrangiam somente a parte mais fraca nos contratos de compra e venda. Somente em 1977, com o *Unfair Contract Terms Act* (UCTA), é que se estendeu a todas as espécies de contratos. O UCTA regulou as cláusulas de limitação e exclusão de responsabilidade. A Diretiva n° 93/13/EEC - Diretiva sobre Cláusulas Contratuais Injustas em Contratos de Consumo, aprovada pelo Parlamento inglês em 14 de dezembro de 1994, entrou em vigor em 1° de julho de 1995, foi implementada pelo *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* (UTCCR), como consequência o direito inglês passou a contar com dois diplomas, muitas vezes divergentes, para proteger o consumidor, causando diversos embates entre o texto do UCTA e do UTCCR. Extracontratualmente, o consumidor, até o Século XVIII, não tinha qualquer proteção, já que todo problema referente à responsabilidade era resolvido no âmbito contratual, dada a relação pessoal entre fornecedor e consumidor em uma sociedade que ainda não conhecia a produção em massa, apenas produtos manufaturados. A partir da Revolução Industrial, passou-se a repensar o princípio da *privity of contract* - relatividade dos contratos – o que fez evoluir dos casos específicos (*nominated torts*) até a ideia de *negligence*⁵⁹⁵, que se tornou um princípio aplicável a todas as hipóteses de circunstâncias.

Por fim, cabe salientar que um grande passo no direito consumerista inglês se deu com o *Consumer Protection Act 1987* (CPA) que introduziu o sistema de *strict liability*. Em suma, o CPA fixou uma ação de ressarcimento de dano causado por produto defeituoso e ampliou as sanções penais aos fornecedores⁵⁹⁶. As ideias liberais e individualistas vêm sendo substituídas através do chamado *Welfare Law*, forma de aplicar o direito que relativizou as ideias anteriores a fim de respeitar e amparar os consumidores.⁵⁹⁷

⁵⁹⁵ Reconhecida principalmente no caso *McAlister (Donoghue) v. Stevenson* [1932] – A C 562, onde a senhora Donoghue, depois de ter consumido um drinque conhecido como ginger-beer, encontrou uma lesma em decomposição ao fundo da garrafa de vidro opaco. Percebe-se que não é possível incidir as regras de responsabilidade contratual, pois o proprietário do bar, chamado Minchela, que contratou com a demandante, não era o mesmo que produzira a bebida. Frente ao ocorrido, a House of Lords sentenciou no sentido de que sempre que um produto possua um vício que não é possível de ser identificado pelo intermediário da relação (no caso o dono do café, já que o vidro era opaco), o fabricante terá infringido o seu dever de diligência razoável (*duty of reasonable care*), acarretando assim a negligência (*negligence*). (ZITSCHER, Harriet Christine. **Introdução ao direito civil alemão e inglês**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 251).

⁵⁹⁶ Releva-se aqui que o CPA não se aplica aos gêneros alimentícios, os medicamentos, os veículos e o tabaco que possuem norma específica: o *Health and safety at Work Act* de 1974.

⁵⁹⁷ ZITSCHER, Harriet Christine. **Introdução ao direito civil alemão e inglês**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 233-257.

3.2 O Código Civil de 2002

3.2.1 Análise dos artigos 478, 479 e 480 do CC/2002

Algumas questões foram destacadas dos itens que abordavam o seu respectivo tema para serem analisadas ao final desta primeira parte. Passa-se, assim, ao estudo das questões controversas que envolvem a legislação brasileira no que tange ao assunto em comento, bem como dos requisitos mais polêmicos apresentados pela doutrina e legislação estrangeira. As observações críticas buscam demonstrar a dificuldade de aplicação dos artigos do Código Civil que abordam o assunto deste trabalho.

3.2.1.1 Requisitos controversos adotados pelo CC/2002

Tendo adotado a teoria da imprevisão como base para a redação do capítulo que trata da resolução por onerosidade excessiva, o CC/2002 brasileiro restringiu a aplicação desta a raríssimos casos, haja vista a exigência de inúmeros pressupostos à sua caracterização. Carlos Roberto Gonçalves comenta que as exigências para a caracterização da resolução são tão restritas que a jurisprudência manterá a rigidez em sua aplicação: “Não se vislumbra aumento do número de resoluções contratuais com este fundamento pelo fato de o novo código dedicar-lhe uma seção específica”.⁵⁹⁸ A imprevisibilidade e a extrema vantagem para o outro contratante são os requisitos mais polêmicos na doutrina, razão pela qual se opta por abordá-los separadamente dos demais, conforme segue:

⁵⁹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Inovações do Projeto de Código Civil. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 43-52, ju./nov. 1998. p. 47.

3.2.1.1.1 Imprevisibilidade

A maioria dos autores concede grande importância a esta exigência por dar nome à teoria da imprevisão.⁵⁹⁹ Constituindo requisito de maior peso para boa parte dos julgadores quando determinam a possibilidade ou impossibilidade de aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*⁶⁰⁰, o que comprova a força do pensamento voluntarista. Este requisito acompanha a ideia da probabilidade de acontecimento daquele fato estranho às partes, capaz de desequilibrar o vínculo de acordo com as circunstâncias conhecidas, considerando as condições pessoais dos contratantes.⁶⁰¹ Supõe-se que, caso o acontecimento fosse previsível ou já tivesse afluído, as partes jamais contratariam.⁶⁰²

Entretanto, apesar de exigido pela imensa maioria das legislações alienígenas⁶⁰³, há quem sustente, com razão, que basta que a alteração das circunstâncias seja superveniente, cause uma grave onerosidade e tenha sido imprevisível, ainda que não imprevisível, para que seja possível a revisão, tornando objetivo este elemento. O que deve haver é um fato que, se tivesse sido previsto, não levaria as partes à realização do contrato.

Este requisito liga-se com a ideia de diligência do “homem-médio”, da “pessoa racional” e do “bom pai de família” que seriam pessoas responsáveis e sensatas que se precaveriam de determinados riscos. Não há como ser mais subjetivo. Ou seja, qual o limite de racionalidade e previdência que se pode exigir deste homem médio? Quem é o parâmetro para este bom pai? Já em 1836 se questionavam estes padrões preconcebidos de ser diligente:

Speaking for the drafting committee, Bigot-Préameneu denounced the old view as useless and overly subtle. Accordingly, article 1137, paragraph 1 declared that when a person is charged with looking after an object, there would be one standard of care, that of a *bon père de famille*, what we would call a ‘reasonable person’.⁶⁰⁴

⁵⁹⁹ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 65. GOMES, Orlando. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 40.

⁶⁰⁰ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 182-183.

⁶⁰¹ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 155.

⁶⁰² SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão: Revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989. p. 37.

⁶⁰³ GRYNBAUM, Luc. **Le contrat contingent**. L’adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur. Paris: LGDJ, 2004. (Bibliothèque de droit privé. Tome 389) p. 31-34.

⁶⁰⁴ “Falando em nome do comitê de redação, Bigot-Préameneu denunciou a antiga visão como sendo inútil e extremamente misterioso. Deste modo, o artigo 1137, parágrafo 1, declarou que quando uma pessoa é acusada de cuidar de um objeto, não haveria um padrão de cuidado, de um *bon père de famille*, o que poderíamos

Em vez de adotar simplesmente a excessiva onerosidade, o art. 478 do CC de 2002, no mesmo sentido do CC italiano, optou pela teoria da imprevisão de difícil aplicação. O próprio BGB (Código Civil Alemão), ao que parecia, não havia tomado este rumo, pois, como é sabido, sua jurisprudência sempre teve como fundamento a teoria da base objetiva. Ocorre que, em 11 de outubro de 2001, foi aprovado um diploma chamado de “Lei para a modernização do Direito das obrigações” ou *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*. Esta lei alterou diversos artigos do Código Civil alemão, notadamente no direito das obrigações, sendo considerada por Menezes Cordeiro, “a maior reforma, neste sector, desde a própria publicação do BGB, em 1896”⁶⁰⁵ e esta reforma, vigente desde 1º de Janeiro de 2002, o seu §313⁶⁰⁶ passou a prever:

havendo mudanças graves nas circunstâncias que integram a base do contrato, depois de sua celebração, em razão das quais os contratantes não o celebrariam ou o fariam com outro conteúdo, se tivessem podido prever as mudanças” (exigência da previsibilidade), “pode-se requerer a adaptação do contrato, desde que uma das partes considere as circunstâncias do caso concretos, principalmente sobre a divisão de riscos contratuais ou legais, não se podendo exigir a manutenção do contrato celebrado.

Ora, se as partes devem não ter a possibilidade de prever as alterações fáticas, se estas forem previsíveis, não se poderá aplicar o dispositivo supra⁶⁰⁷. Isso faz com que reflitamos a respeito da teoria da base objetiva, no sentido de que é possível que esta também exija a imprevisibilidade para sua aplicação, como visto em item anterior.

Quando se fala em previsibilidade, há que se distinguir possibilidade de previsão da ideia do dever de previsão⁶⁰⁸, pois não interessa averiguar tudo aquilo que é previsível, mas sim tudo aquilo que a parte tem a obrigação de prever, e prever significa ver antecipadamente, antever ou profetizar. O latim concebe a capacidade de profetizar, a *providentia*, como um

chamar de uma ‘pessoa razoável’” (tradução livre) GORDLEY, James. **Foundations of private law**: property, tort, contract, unjust enrichment. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 339.

⁶⁰⁵ CORDEIRO, António Menezes. **Da modernização do Direito Civil**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2004. p. 69.

⁶⁰⁶ Sobre a previsão da alteração das circunstâncias no BGB, Menezes Cordeiro faz bela análise inclusive trazendo a tradução de todo o texto do § 313. CORDEIRO, António Menezes. **Da modernização do Direito Civil**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2004. p. 114-116.

⁶⁰⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo código civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e; onerosidade excessiva. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 51, n. 308, p. 7-25, jun. 2003. p. 19-20.

⁶⁰⁸ SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 80.

dom da deusa Providência. O que se pode exigir é cautela, precaução, prudência, pois, obrigar a prever o futuro é o mesmo que impor aos contratantes características divinas.⁶⁰⁹

Por outro lado, Luis Renato Ferreira da Silva faz uma brilhante observação quanto aos recursos modernos de previsão:

No mundo moderno, a carga de informações que se tem é capaz de antecipar até mesmo eventos da natureza, com uma precisão incrível, o que acabaria por excluir, caso se quisesse levar a tese ao extremo, até mesmo os terremotos ou tufões ou erupções vulcânicas que muitas vezes, mais do que onerar, impossibilitam o cumprimento.⁶¹⁰

Além disso, há uma gama de situações passíveis de previsão que podem acarretar terrível desproporção ou onerosidade das obrigações, quer seja para uma, quer seja para ambas as partes. Um exemplo recente disso são os surtos inflacionários sofridos pela economia brasileira. Ao considerá-los como fatos previsíveis, os Tribunais brasileiros vedaram a aplicação da revisão ou resolução por fato superveniente onerador, deixando, assim, de salvar inúmeros contratantes da ruína.⁶¹¹ O que se percebe é que o CC de 2002 ainda se curva para alguns preceitos liberais oitocentistas como o dogma do voluntarismo jurídico. A excessiva vinculação à vontade impede a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* no direito moderno. Só se discute se as partes queriam ou não algo, e se não era passível de previsão também não era possível que as partes manifestassem sua vontade quanto ao fato superveniente. Olvidam-se, contudo, das demais figuras do direito como alternativa à vontade.⁶¹²

Pode-se afirmar que quase sempre o fato imprevisível altera a própria relação contratual ao majorar excessivamente a prestação. Contudo, há quem entenda que podem ocorrer alterações nas condições pessoais de um dos contratantes que tornem excessivamente oneroso o seu cumprimento, conforme o inicialmente pactuado, como o desemprego ou o congelamento do salário, e esses podem ser motivos para a aplicação da cláusula *rebus sic*

⁶⁰⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002. p. 117-123, p. 155-156.

⁶¹⁰ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos**: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 111.

⁶¹¹ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 65-67, p. 78-79.

⁶¹² SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos**: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 120-121.

stantibus apesar de nada ter a ver com o contrato objeto do litígio, sem que se atinja a vontade das partes⁶¹³.

Outra crítica que se pode fazer à exigência da imprevisibilidade da alteração fática ou do dever de previsão é sua difícil definição e apuração no caso concreto. Varia de acordo com a condição do contratante, pois, o que é previsível para um especialista ou um sábio, não o é para o homem comum, varia ainda quanto ao tempo, visto que o que é previsível hoje não o era ontem, ou ainda quanto ao espaço, ou seja, o que é exigível que tivesse previsto para um gaúcho, não necessariamente é para um paulista, e assim por diante⁶¹⁴, além de ser um termo “sempre aberto a reinterpretações e modificações”⁶¹⁵.

Antônio de Almeida Santos traz os termos utilizados por diversos países como: “imprevisíveis”, pela legislação italiana, em artigo 1467 do Código Civil; “que as partes poderiam razoavelmente prever”, segundo o Projeto de CC Húngaro; “acontecimentos que os contratantes não poderiam prever”, diz o Código das Obrigações Polonês; e “excepcionais e imprevisíveis”, expressão adotada pelo Código Egípcio.⁶¹⁶ Correta a terminologia aplicada pelo legislador português: “situação anormal”. Assim como, de certa forma, dispensa a imprevisibilidade⁶¹⁷, exige que não se trate de fato habitual, trivial. Amplia-se o campo de aplicação com responsabilidade e querência, e não adotando a ultrapassada ideia de que as partes aceitaram que, tudo o que não constou no texto do contrato não pode influenciá-lo. Acertada também a opção adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, que exclui a exigência do evento imprevisível.⁶¹⁸

Apesar de muitos julgadores entenderem que, conforme Ripert, “contratar é prever”, e que, de acordo com Bonnecase, há que se colocar “acima das vontades particulares ou das representações psíquicas, os princípios superiores da segurança social”, a jurisprudência

⁶¹³ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 183-184.

⁶¹⁴ SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 79.

⁶¹⁵ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 192.

⁶¹⁶ SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 78-79.

⁶¹⁷ Apesar do conceito carregar “uma certa carga de imprevisibilidade”, pois, “Os homens determinam-se segundo juízos de normalidade.”, ainda assim “não pode presumir-se como querida uma alteração anormal.” (SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 82).

⁶¹⁸ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 142-143.

aceitou alguns fatos históricos como imprevisíveis ao longo dos anos, a saber: a Primeira Guerra Mundial, a Revolução de outubro de 1930 que culminou com a tomada do poder por Getúlio Vargas, a Segunda Guerra Mundial e, por uma pequena parte dos julgadores, o fenômeno da inflação, conforme abordado quando tratamos do histórico da cláusula *rebus sic stantibus* no Brasil⁶¹⁹. Não se está querendo dizer que não seja possível que a cláusula estudada não possa ser alegada despropositadamente como defesa para o descumprimento infundado de um acordo, visando esquivar-se do cumprimento, mas sim que este requisito, por sua indeterminação e redução do âmbito de aplicação das teorias revisionistas, praticamente inviabiliza seu emprego ao caso concreto. Mais importante do que desvendar-se a vontade das partes atingida por fato imprevisível é atentar-se para o equilíbrio das prestações⁶²⁰ e a viabilidade econômica de seu adimplemento.

3.2.1.1.2 Extrema vantagem

Inspirado em Ripert, Arnaldo Medeiros da Fonseca⁶²¹ trouxe para o direito nacional este elemento, também chamado de lucro exagerado, que passou a restringir ainda mais a teoria da imprevisão e que veio a ser adotado pelo artigo 478 do Código Civil de 2002, apesar de seriamente criticado pela esmagadora maioria dos doutrinadores. Aplicado em conjunto com a excessiva onerosidade, trata-se da necessidade da ocorrência de um benefício injusto e exagerado para a outra parte, em decorrência da mesma alteração fática que prejudicou a parte onerada. Ou, nas palavras do mencionado jurista brasileiro:

[...] quando a superveniência imprevista apenas acarreta para o devedor uma onerosidade maior, mas em nada vem melhorar a situação do credor, que apenas pretende os benefícios esperados e decorrentes do contrato, não haverá iniquidade nenhuma em exigir do primeiro o cumprimento da obrigação livremente assumida [...]⁶²²

Busca-se aproximar a teoria da imprevisão do instituto da lesão, entendendo que trata-se de situação análoga a de um contratante explorado. Tanto é assim que alguns autores

⁶¹⁹ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 184-188.

⁶²⁰ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 207.

⁶²¹ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958.p. 230.

⁶²² FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 243.

tratam a primeira por lesão subjetiva, ou *laesio superveniens*. Observa-se, ainda, uma certa proximidade com a usura. Entretanto, conforme já vimos, são institutos diversos - inclusive operando de forma distinta, pois a lesão justifica a rescisão pela anulação, a usura permite a declaração de nulidade da cláusula, e a teoria da imprevisão atua resolvendo ou revisando. Não se pode confundi-las.⁶²³

A crítica está no fato de que, nem sempre que alguém sofre desarazado prejuízo, outra parte necessariamente lucrará com isto. A proibição do enriquecimento indevido não é o objetivo da cláusula *rebus sic stantibus*, mas sim salvar o contratante lesado pelo desequilíbrio, havendo, inclusive, a possibilidade de ambos virem a sofrer danos.⁶²⁴ Entendendo o equilíbrio contratual como uma balança, é possível metaforicamente compreender a desnecessidade deste requisito quando percebemos que, para desequilibrá-la, não é imprescindível que se transfira o peso de um prato para outro, basta que se retire de uma das bandejas da balança.

No caso prático, percebe-se a fria injustiça que este requisito pode levar. Fernando Buss refere-se à jurisprudência do STJ onde os Ministros, apesar de entenderem pela aplicabilidade em decorrência do desequilíbrio, optaram por não estender a mão a um produtor rural que havia financiado sua lavoura e teve graves prejuízos decorrentes de uma enchente, pelo simples motivo de que o credor não se beneficiou disto.⁶²⁵

⁶²³ NETTO, J.R. Vieira. **O risco e a imprevisão**: duas tendências no âmbito da responsabilidade civil. Curitiba. Juruá, 1989.p. 136-137.

⁶²⁴ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 63-64 e p. 79 SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão**: Revisão contratual. Belém: Cejup, 1989. p. 37; AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 152; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002. p. 156; MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 197 e p. 206; VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 469; SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão**: Revisão contratual. Belém: Cejup, 1989. p. 37.

⁶²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº5.723-MG. Recorrente Caixa Econômica do Estado de Minas Gerais, recorrido Almir Fernandes de Souza. Relator Min. Eduardo Ribeiro. Julgado em 25 jun. 1991. BUSS, Fernando. **A quebra da base do negócio jurídico nos contratos de crédito rural**: fatos alheios supervenientes. São Leopoldo, 1998. p. 48.

3.2.1.2 Resolução

Outra opção errônea que o CC/2002 adota, vem expressa na própria denominação dada à seção: “da resolução por onerosidade excessiva”. “O direito à resolução consiste no desfazimento da relação contratual, por decorrência de evento superveniente, ou seja, do inadimplemento imputável, e busca a volta ao *status quo*.”⁶²⁶ Portanto, a resolução põe fim ao contrato. Apesar de o Código bavário de 1756 deixar para que o judiciário decidisse entre a melhor opção, o Código prussiano somente permitia a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* por meio da rescisão⁶²⁷, assim como os demais códigos de sua época. Historicamente percebe-se que, *ab initio*, a cláusula *rebus sic stantibus* operava resolvendo os contratos, sendo que posteriormente foi agregada a ideia de revisão pela praxe canônica.⁶²⁸ Quanto ao Código Civil, pode-se afirmar que a opção adotada é proveniente dos ideais liberais que solucionavam o inadimplemento pela via da resolução.⁶²⁹ Têm-se a ideia de que não seria lícito “sobrepôr a vontade do magistrado ao querer das partes”⁶³⁰, olvidando, contudo, que o juiz imparcial é o único que pode trazer o equilíbrio e a justiça de volta para o contrato. Como bem explicitam Flah e Smayevsky:

La postura que se adscribe a la revisión está enrolada en la doctrina que considera al juez como un servidor del bien común político y que exige la concurrencia en el contrato de la justicia correctiva ya argüida por Aristóteles, y que demanda, en rigor de verdad, el equilibrio de las prestaciones.⁶³¹

O receio de conferir poderes ao julgador é o principal motivo do triunfo da resolução como meio preferencial. Ocorre que, apesar de não serem todos os que possuem inúmeras virtudes, na grande maioria, são prudentes e justos, o que basta para que possa revisar

⁶²⁶ ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. – 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 77.

⁶²⁷ SIDOU, J. M. Othon. **A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas**. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978. p. 81.

⁶²⁸ SIDOU, J. M. Othon. **A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas**. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978. p. 83.

⁶²⁹ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 2.

⁶³⁰ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 86.

⁶³¹ FLAH, Lily R.; SMAYESKY, Mirian Colab. **Teoria de la imprevisión: aplicación y alcances, doctrina, jurisprudência**. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 32.

contratos de acordo com a equidade. Ele é o único capaz de propor uma solução quando das posições inconciliáveis dos litigantes⁶³²

O aumento de cláusulas gerais é a prova de que cada vez mais se confia no julgador, dando-lhe liberdade para adequar a regra ao caso concreto, sem que isso represente uma insegurança jurídica. Como bem aduz Ruy Rosado de Aguiar Jr., o dever de fundamentação judicial e a sistemática de recursos impede que esta autonomia dos juízes gere efeitos prejudiciais.⁶³³ E Bruno Miragem acrescenta: “(...) há também de se considerar como incorporado ao princípio da segurança jurídica, como efeito do princípio da confiança, que a decisão judicial *efetiva* (uma *decisão justa*) e que não permita resguardar-se em aspectos jurídico-formais [...]”.⁶³⁴ Assim, “A vontade continua essencial à formação do contrato, mas à sua conformação, ou seja, definição de seu conteúdo vinculante, sua importância é diminuída diante do controle exercido pelo juiz no conteúdo pactuado.”⁶³⁵

Por óbvio sempre será necessário cautela, pois “a intervenção judicial não pode impor alteração substancial ao objeto do vínculo contratual”⁶³⁶, portanto, o juiz não está livre para uma “autoritária modificação à revelia do consenso das partes, se nenhum dispositivo expresso de lei franquear ao juiz a revisão dos termos do ajuste”⁶³⁷, isto é, somente intervirá “em situações tipificadas pelo legislador (como, v.g., a da lesão e da onerosidade excessiva superveniente) [...]”⁶³⁸

Mas, prudentemente, o magistrado não só pode como deve restabelecer o equilíbrio contratual, até mesmo para fazer uma leitura que adapte a lei às diretrizes constitucionais. Na sociedade de massas extremamente dinâmica, não há dúvida de que a lei estagnada perde sentido em pouco tempo. O juiz deve estar presente para manter o texto da lei atualizado e conforme a CF.

⁶³² SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 105-107.

⁶³³ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais. **Revista de Direito Renovar**, n. 18. Rio de Janeiro, Renovar. p. 11-19, set-dez. 2000. p. 17-18.

⁶³⁴ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 193.

⁶³⁵ CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 265.

⁶³⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 110.

⁶³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 111

⁶³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 116.

A fragmentação dos conceitos, portanto, é acompanhada de técnica legislativa que se utiliza de cláusulas gerais, exatamente para que o intérprete tenha maior flexibilidade no sentido de, diante do fato jurídico concreto, fazer prevalecer os valores do ordenamento em todas as situações novas que, desconhecidas do legislador, surgem e se reproduzem como realidade mutante na sociedade tecnológica de massa.⁶³⁹

Quando se fala em revisão se está a defender uma resolução parcial quando não for possível ou indicado promover uma resolução total. Ao operar uma resolução parcial, mantém-se ao restante do contrato “reduzindo” o negócio jurídico, como dizem os portugueses.

A prova da falta desta cultura de manutenção dos pactos está na falta de estudos sobre a redução do negócio jurídico no Brasil. Este assunto, bastante estudado no Exterior, como o próprio termo diz, é a “redução” de um determinado negócio, no sentido de tirar-lhe uma fração, uma parcela. Trata-se da invalidação de parte do negócio jurídico sem extensão automática para o restante do acordo⁶⁴⁰, isto é, é a possibilidade de manter um contrato mesmo que se entenda que uma parcela dele não pode mais gerar efeitos.

O objetivo deste instituto é a conservação dos pactos baseado na proporcionalidade entre a causa e o efeito, já que se a causa diz somente com parte do negócio, não pode afetá-lo como um todo. Na prática, o intuito é a recuperação dos negócios inválidos, ou seja, é a concretização do princípio do *favor negotii*.⁶⁴¹

Em países como Alemanha (§ 139 do BGB)⁶⁴², Suíça (art. 20º, alínea 2ª do Código Suíço das Obrigações)⁶⁴³, Itália (art. 1419, alínea 1ª do Código Civil italiano)⁶⁴⁴, Portugal (art.

⁶³⁹ TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. **Temas de Direito Civil**. 3. ed., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2004. p. 226.

⁶⁴⁰ A exceção da Alemanha que “estabelece como critério geral que a nulidade de parte do negócio arrasta consigo a nulidade de todo o negócio”, de regra os países presumem que a nulidade não se estende a todo o negócio, não afetando o restante deste. BELMONTE, Cláudio Petrini. **A redução do negócio jurídico e a proteção dos consumidores** – uma perspectiva luso-brasileira. Coimbra: Coimbra Editora. Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito. 2003. p. 16.

⁶⁴¹ BELMONTE, Cláudio Petrini. **A redução do negócio jurídico e a proteção dos consumidores** – uma perspectiva luso-brasileira. Coimbra: Coimbra Editora. Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito. 2003. p. 16 e 17.

⁶⁴² “Se uma parte de um negócio jurídico é nula, todo o negócio jurídico é nulo quando não é de admitir que também sem a parte nula teria sido celebrado.” BELMONTE, Cláudio Petrini. **A redução do negócio jurídico e a proteção dos consumidores** – uma perspectiva luso-brasileira. Coimbra: Coimbra Editora. Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito. 2003. p. 16. Nota 14.

⁶⁴³ “Se o contrato apenas está viciado em determinadas cláusulas, só estas cláusulas são feridas de nulidade, a não ser que se deva admitir que sem elas o contrato não teria sido celebrado.” BELMONTE, Cláudio Petrini.

292 do Código Civil português)⁶⁴⁵, existe um dispositivo próprio para este instituto. No Brasil, há os artigos 184 e 165, § único, ambos do Código Civil, bem como o art. 51, § 2º do Código de Defesa do Consumidor que tratam deste assunto em determinadas situações.⁶⁴⁶ Contudo, interessante seria que o Brasil também adotasse uma regulamentação específica para o tema.

Como bem afirma Cláudio Petrini Belmonte:

O sentido de invalidade parcial estriba-se na regra *utile per inutile non vitiatur*, por meio do qual a disposição inválida (independente de ser relativa a cláusulas essenciais ou acessórias, típicas ou atípicas) não afeta as válidas que a acompanham, desde que não estejam relacionadas por um vínculo de unidade ou subordinação.⁶⁴⁷

O que se busca frisar é que o desfazimento como solução para um contrato que pode “sobreviver” com a simples alteração de sua redação é desatender ao primado da manutenção dos contratos.⁶⁴⁸ Embora o artigo 479 permita a revisão,⁶⁴⁹ prevendo a possibilidade de *reductio ad aequitatem*⁶⁵⁰, esta é aplicada de forma subsidiária, ou seja, admitindo-a excepcionalmente⁶⁵¹. Razoável que se resolva um contrato onde a execução se tornou impossível, como no caso fortuito e na força maior, onde não há alternativa. Na hipótese da

A redução do negócio jurídico e a proteção dos consumidores – uma perspectiva luso-brasileira. Coimbra: Coimbra Editora. Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito. 2003. p. 16. Nota 15.

⁶⁴⁴ “A nulidade parcial de um contrato ou a nulidade de certas cláusulas importa a nulidade de todo o contrato, se se deve entender que sem a parte do seu conteúdo atingido pela nulidade os contraentes não o teriam celebrado.” BELMONTE, Cláudio Petrini. **A redução do negócio jurídico e a proteção dos consumidores** – uma perspectiva luso-brasileira. Coimbra: Coimbra Editora. Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito. 2003. p. 16. Nota 16.

⁶⁴⁵ “A nulidade ou anulação parcial não determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada.” BELMONTE, Cláudio Petrini. **A redução do negócio jurídico e a proteção dos consumidores** – uma perspectiva luso-brasileira. Coimbra: Coimbra Editora. Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito. 2003. p. 18. Nota 23.

⁶⁴⁶ BELMONTE, Cláudio Petrini. **A redução do negócio jurídico e a proteção dos consumidores** – uma perspectiva luso-brasileira. Coimbra: Coimbra Editora. Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito. 2003. p. 19. O autor fala em art. 153, primeira parte e § único do 113 porque refere-se ao CC de 1916.

⁶⁴⁷ BELMONTE, Cláudio Petrini. **A redução do negócio jurídico e a proteção dos consumidores** – uma perspectiva luso-brasileira. Coimbra: Coimbra Editora. Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito. 2003. p. 24.

⁶⁴⁸ No mesmo sentido o anteprojeto de 1963, idealizado por Caio Mario da Silva Pereira e o Código Civil italiano em artigo 1.453.

⁶⁴⁹ TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. **Temas de Direito Civil**. 3. ed., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2004. p. 221.

⁶⁵⁰ FRANTZ, Laura Coradini. **Bases Dogmáticas para Interpretação dos artigos 317 e 478 do novo Código Civil Brasileiro**. Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2004. p. 176-188.

⁶⁵¹ Da mesma forma que o Código Civil italiano em artigo 1.467.

onerosidade excessiva, todavia viável a manutenção do pacto, com abrandamento de sua severidade.⁶⁵²

A fim de conservar os contratos, o que boa parte da doutrina vem defendendo é que se inverta esta ordem, permitindo a resolução somente nos casos em que não haja possibilidade de cumprimento do contrato como um todo, sendo impossível “salvá-lo”. Tal solução não implica obrigar alguém a sofrer intervenção revisional contra sua vontade, pois o credor, demandado em ação revisional, poderá opor-se ao pedido, requerendo a resolução do contrato.

O que ocorre no atual código é que não fica claro se cabe apenas ao lesado ou a ambas as partes o poder de decidir entre extinguir ou não o acordo de vontades. O Código Civil Português, em seus artigos 437 a 439,⁶⁵³ diz caber à parte lesada esta decisão, entendendo que ele, melhor que ninguém, pode dizer se conseguirá ou não cumprir o contrato revisado⁶⁵⁴, como fazia o Anteprojeto de Código das Obrigações de 1941, em se tratando da legislação brasileira, que já previa a possibilidade de modificação pelo juiz dos contratos acometidos de dificuldade extrema em decorrência de situação imprevista⁶⁵⁵, assim como o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, inciso V, segunda parte, onde são previstas, a modificação⁶⁵⁶ – altera as cláusulas atingidas pela modificação das circunstâncias – ou a revisão das cláusulas – altera a cláusula de preço que em decorrência da modificação do estado das coisas passou a ser desproporcional –, mas nada obsta que o consumidor opte pela resolução,⁶⁵⁷ bem como que o credor, insatisfeito com as propostas de revisão, não as aceite requerendo a resolução. No entanto, para alguns, ainda que não pareça o mais correto, a

⁶⁵² SIDOU, J. M. Othon. **A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas**. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978. p. 67.

⁶⁵³ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 77-78, p. 199-200.

⁶⁵⁴ Sugestão legislativa anterior ao código que já havia sido proposta por Regina Beatriz da Silva Papa dos Santos em sua obra: SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão: Revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989. p. 52.

⁶⁵⁵ Artigo 322: “Quando por força de acontecimentos excepcionais e imprevistos ao tempo da conclusão do ato, opõe-se ao cumprimento exato desta dificuldade extrema, com prejuízo exorbitante para uma das partes, pode o juiz a requerimento do interessado e considerando com equanimidade a situação dos contraentes, modificar o cumprimento da obrigação, prorrogando-lhe o termo, ou reduzindo-lhe a importância.”

⁶⁵⁶ Apesar deste dispositivo estar localizado na parte que trata dos direitos básicos do consumidor, visando não ferir a boa-fé (art. 4º, inciso III do CDC) o artigo 51 § 2º do Código de Defesa do Consumidor possibilitou aos fornecedores a revisão de cláusulas.

⁶⁵⁷ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 169-173.

resolução opera efeitos *ex nunc*⁶⁵⁸, ou seja, não retroage, encerrando o vínculo entre os contratantes da forma como se encontram as prestações. Assim, o credor, provavelmente, reconsiderará a possibilidade de rever as prestações para que, ao menos, receba algo a mais do que foi pago.⁶⁵⁹ Neste ponto, insta observar outro argumento a fim de reforçar a ideia de que a revisão é a melhor opção: seguindo o determinado pelo CC e resolvendo o contrato, não se estaria dividindo os prejuízos causados pela alteração dos fatos, e o mais importante, “[...] a cláusula deixaria de ser simplesmente de imprevisão para tornar-se de irresponsabilidade.”⁶⁶⁰

Caso o autor proponha a modificação das prestações nos moldes do artigo 479 do CC/2002, apesar de não haver texto expresso determinando, com base nos princípios da nova lei - que adota a solução italiana - poderá o réu, - credor requerido - concordar ou não. Já requerendo o devedor exclusivamente a extinção, não poderá o juiz ajustar a prestação colocando-a em um limite aceitável, sob pena de proferir sentença *extra-petita*⁶⁶¹, pois, a “questão submete-se às regras do processo”⁶⁶².

Mais correto, no entanto, seria que quando a parte onerada pelo fato imprevisto ajuizar a ação, fosse adotado um procedimento diverso, onde não lhe ficasse facultada a escolha entre resolver ou revisar, mas sim, o dever de propor uma modificação e ao credor caberia a escolha, pois se supõe boa-fé naquele devedor que quer pagar o justo e não naquele que quer simplesmente ver-se livre da obrigação. Neste caso, poderia o credor: aceitar a proposta de modificação, o que daria fim a lide através da novação; não aceitar e requerer a resolução; ou elaborar nova proposta de modificação. No segundo caso, caberá ao prejudicado pela alteração superveniente - doravante chamado somente de prejudicado - a escolha. Caso prefira a resolução, o juiz fica obrigado a resolver o contrato, pois ambos assim se manifestaram; já, se apresentar nova proposta, fica a cargo do não-prejudicado pelo fato superveniente aceitá-la ou não. Em caso negativo, o magistrado julgará de acordo com a sua convicção com base na equidade e na boa-fé. No terceiro caso, isto é, o não prejudicado

⁶⁵⁸ Torna-se a observar, como já foi feito quando tratou-se da contextualização da matéria, que não é unânime esta posição e que assim afirma-se, aqui, unicamente para fins de argumentação e reflexão (ad argumentandum tantum).

⁶⁵⁹ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 87-88.

⁶⁶⁰ SIDOU, J. M. Othon. **A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas**. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978. p. 81.

⁶⁶¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 466.

⁶⁶² VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 468.

apresenta contraproposta àquela exposta pelo prejudicado na exordial, competiria ao prejudicado aceitar a proposta preparada pelo não prejudicado ou elaborar uma nova. Caso opte por uma nova, caberia ao credor apenas aceitá-la ou não. Em caso negativo, cumpriria ao juiz a tarefa de julgar de acordo com os princípios que regem esta matéria.

Dessa forma, restringe-se a resolução apenas aos casos em que ambas as partes desejam, e ainda se estimula um acordo já que, para o credor, normalmente é preferível a manutenção do contrato, notadamente quando já cumpriu sua parte. Aquele que não foi lesado fica com o direito em alternativa não somente por ter confiado no cumprimento do contrato, mas por ter cumprido sua prestação, não atentando, portanto, contra o princípio da isonomia.

O que se percebe é que as legislações acima dispostas – CDC, Anteprojeto de Código das Obrigações de 1941 e Código Civil Português – foram orientados no sentido de proteger a parte prejudicada, que no CDC é parte vulnerável, o que por si só já possibilita esta ampla proteção. Entretanto, nos Códigos Civis, apesar de a parte prejudicada encontrar-se em situação de debilidade, não nos parece justo conferir-lhe o direito exclusivo a iniciativa de requerer a resolução ou a revisão, não se deve olvidar que a parte que não foi atingida pelo fato onerador diretamente, também sofrerá suas consequências.

Surge uma dúvida em qualquer dos procedimentos: e quando competir ao juiz a solução do conflito, poderá este decidir pela resolução mesmo que ambas as partes já tenham proposto acordo? A hesitação está em conferir ao juiz o poder de julgar contra a vontade das partes, pois nenhuma requereu a resolução. A doutrina portuguesa de regra entende que não. No entanto, António de Almeida Santos diz: “[...] não existe razão inelutável para que o juiz, ainda nesse caso, não julgue a resolução mais de acordo com as exigências da boa-fé, e em conformidade decida resolver o contrato.”⁶⁶³

O autor comenta que não seria possível a decretação da modificação pelo juiz “quando a parte lesada requereu a resolução e a parte contrária não declarou aceitar a

⁶⁶³ SANTOS, António de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 108-109.

modificação”⁶⁶⁴, problema este inicialmente tratado e que não atinge a supramencionada proposta fictícia de procedimento.

Alguns juristas mencionam, ainda, uma terceira possibilidade: a dilação dos prazos. Esta se aplicaria aos casos em que o devedor onerado possa cumprir a obrigação sem sofrer graves prejuízos, desde que a execução não se dê no momento a princípio estipulado. O que abre outra discussão quando se acrescenta, ainda, que opção entre os efeitos da cláusula é tão particular que não deve ser estipulada na regra geral, devendo ficar a cargo do juiz.

Na dúvida de como deve atuar a cláusula *rebus sic stantibus*, revisando, resolvendo ou dilatando prazos, optamos, portanto, pela revisão como modo de atuação preferencial⁶⁶⁵, criando um novo consentimento a fim de reparar as consequências da desatualização da anuência anterior.⁶⁶⁶

No entanto, as possibilidades de alterações imprevistas são tão avultosas que somente a análise casuística pode dizer qual a forma que melhor se aplica.⁶⁶⁷ O que é inadmissível é entender que revisar um contrato é mais grave que resolvê-lo, pois, “La resolución quedará reservada para aquellos casos que no admiten revisión, o cuando el reajuste conduce a soluciones no factibles o perjudiciales.”⁶⁶⁸, já que “É exagerado chegar imediatamente à rescisão, quando o que se deve buscar primeiramente é a modificação do contrato mediante a revisão do mesmo”⁶⁶⁹

Interessante salientar que o artigo 389 do atual CC que, a exemplo do artigo 1056 do antigo CC, soluciona o adimplemento com perdas e danos, o que também fere o princípio da manutenção dos contratos. Ao que parece, o legislador não deu a esse princípio a devida importância em vários dispositivos do CC/2002.

⁶⁶⁴ SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 111.

⁶⁶⁵ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 85.

⁶⁶⁶ SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p.107.

⁶⁶⁷ SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p.103-105.

⁶⁶⁸ FLAH, Lily R.; SMAYESKY, Mirian Colab. **Teoria de la imprevision: aplicación y alcances, doctrina, jurisprudência**. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 34.

⁶⁶⁹ GUTIERREZ, A. Aguilar. La evolucion del contrato. **Boletín del Instituto de Derecho Comparado**, México, n. 22, p. 48 apud SIDOU, J. M. Othon. **A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas**. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978. p. 82.

Vale frisar que o artigo 480 do CC também permite a revisão, mas restringe-se aos contratos unilaterais. Mister mencionar, ao comentarmos o artigo 480 e depois de abordarmos os requisitos controvertidos da resolução por onerosidade excessiva no CC/2002, a nova tese que vem aparecendo nos pedidos revisionais mais recentes. A chamada “nova revisional” afirma que este artigo não se relacionaria com o 478 e 479 que tratam dos contratos bilaterais. Portanto, ao não haver um sistema da seção IV (Da resolução por onerosidade excessiva)⁶⁷⁰, mas sistemas diferentes para situações diferentes, os requisitos exigidos pelos artigos anteriores não se estenderiam a este dispositivo que trata apenas de contratos unilaterais, isto é, não é necessário que se verifiquem os elementos trazidos nos dispositivo que tratam dos contratos bilaterais quando o contrato for unilateral. Os tribunais nacionais ainda não se manifestaram sobre essa tese.

3.2.1.3 Dissonância com o artigo 317 do CC/2002

Outros artigos do CC brasileiro de 2002 consagraram a revisão por onerosidade excessiva, não apenas na seção “*da resolução por onerosidade excessiva*”, mas também nos artigos 620, 625, inciso II e, principalmente, com o artigo 317.⁶⁷¹

Estes artigos permitem que os contratos sejam revistos, restaurando a base do negócio, ou ainda, atualizando a vontade das partes.

O artigo 317⁶⁷² não exigiu nenhum outro requisito para revisar o contrato afora a desproporção do valor real da prestação entre o momento da celebração e da execução. De acordo com Alcio Manoel de Sousa Figueredo, analisando-se os elementos exigidos, poder-se-ia concluir que este artigo teria adotado a teoria da onerosidade excessiva, enquanto os artigos 478 a 480 estariam baseados na teoria da imprevisão.⁶⁷³ O conflito surge quando a desproporção for de tal monta que não reste ao juiz outra alternativa que não a extinção do

⁶⁷⁰ do Capítulo II, do Título V, do Livro I da Parte Especial do Código Civil.

⁶⁷¹ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002. p. 157-158.

⁶⁷² O histórico da tramitação deste artigo pode ser consultado em FRANTZ, Laura Coradini. **Bases Dogmáticas para Interpretação dos artigos 317 e 478 do novo Código Civil Brasileiro**. Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2004. p. 23 a 28.

⁶⁷³ FIGUEREDO, Aécio Manoel de Sousa. **Revisão do contrato**. Curitiba: Juruá, 2004. p.141-144.

contrato, devendo para isso basear-se no artigo 478, já que o 317 não comporta a resolução. Ocorre que se não estiverem presentes os requisitos da imprevisibilidade e da vantagem exagerada – o que não é pouco frequente – não poderá o magistrado proceder desta maneira, estando encurralado pelo texto legal. Para Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a solução seria admitir a “extinção do contrato em razão de fato superveniente, descrito no artigo 317”⁶⁷⁴

Além disto, ainda sobre o art. 317, embora boa parte da doutrina discorde⁶⁷⁵, há autores, como Laura Frantz⁶⁷⁶, para os quais este dispositivo possui um requisito próprio, qual seja, a exigência de que a prestação seja pecuniária, o que viria a restringir a aplicação desta regra. Isto também decorre do trecho que fala do dever de observar-se “o valor real da prestação”. Só possui valor real a prestação em dinheiro.

3.2.1.4 Nomenclatura “devedor”

A crítica está na desnecessária margem para interpretações equivocadas aberta por este termo. Em regra, nos negócios jurídicos bilaterais, ambas as partes são credor e devedor, de suas respectivas prestações, ambas abrangidas, pois, pela expressão “devedor” utilizada no artigo 478 do CC/2002.⁶⁷⁷ Não obstante, pode-se depreender da expressão legal que a regra destina-se apenas àquele que passou a ser devedor quando onerado pelo fato alterador das circunstâncias,⁶⁷⁸ e que deixou, assim, de arcar com sua parte no acordo. Ao dever a prestação onerada, passa a legitimar-se para o ingresso da ação revisional, facultando-se somente ao credor sugerir uma nova forma visando conservar o pacto. É possível entender, todavia, que não foi isso que o legislador buscou ao redigir a norma, pois a possibilidade de revisão deve

⁶⁷⁴ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 152-153.

⁶⁷⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Adimplemento e extinção das obrigações**: comentários aos artigos 304 a 388 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil. Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale, v.6). p. 159-185.

⁶⁷⁶ FRANTZ, Laura Coradini. **Bases Dogmáticas para Interpretação dos artigos 317 e 478 do novo Código Civil Brasileiro**. Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2004. p. 165-166.

⁶⁷⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002. p. 111.

⁶⁷⁸ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos**: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 113. Nota 29.

ser concedida indistintamente a qualquer das partes ante o princípio da isonomia.⁶⁷⁹ Ademais, mesmo que se interpretasse no sentido de que apenas a parte onerada estaria legitimada para o ajuizamento, não se pode exigir que ele espere se tornar devedor, com a aceção de descumpridor de sua obrigação, para só então poder ingressar com a demanda.

Creemos que, apesar de aparentemente conferir este direito somente ao devedor, o que o legislador pretendeu foi possibilitar o direito à revisão àquele que sofreu prejuízos, respeitando a isonomia, como fizeram a maioria dos Códigos europeus, como o Italiano, e não como o Código Egípcio, que em seu artigo 147, alínea 2, ampara somente o devedor.⁶⁸⁰

3.2.1.5 Mora

Embora não tenha sido exigida pelo Código Civil de 2002⁶⁸¹, por ser polêmica e passível de crítica, abordaremos o requisito da ausência de mora, exigido por boa parte das legislações alienígenas, nesta parte do trabalho.

Recentemente, a Segunda Seção do STJ editou a Súmula 380 com a redação apresentada pelo ministro Fernando Gonçalves que diz que: “A simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor.” Pretende esta posição jurisprudencial que somente se deva considerar que não está em mora o autor que deposita o valor incontroverso. Desta forma, a súmula visa impedir que quem não pretende pagar o que deve, quede procrastinando sua dívida, isento de mora, se valendo da ação revisional para tanto. Com o depósito do montante incontroverso, não há se falar em mora.

No que toca com a matéria ora estudada, a mora impossibilita expressamente, em boa parte das legislações, a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*. No Brasil, os artigos referentes à resolução por onerosidade excessiva não trazem essa questão, como fez o artigo

⁶⁷⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002. p. 156.

⁶⁸⁰ SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão**: Revisão contratual. Belém: Cejup, 1989. p. 53-54.

⁶⁸¹ Alguns autores defendem sua previsão como por exemplo: CARDOSO, Débora Rezende. O fim negativo do contrato no Código Civil de 2002: resolução por onerosidade excessiva. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 552.

395 e 399 do CC/2002 sobre os casos de impossibilidade objetiva. Ruy Rosado de Aguiar Júnior se vale do princípio da responsabilidade do devedor moroso para sustentar sua responsabilidade pelos riscos supervenientes.⁶⁸²

Contudo, dois pontos devem ser ressaltados: primeiramente deve-se distinguir a mora anterior ao fato superveniente daquela posterior. Presume-se que a mora abordada por quase a totalidade dos autores que tratam do assunto é aquela que ocorre antes do evento onerador, pois não seria razoável impossibilitar que a parte onerada se valha da cláusula *rebus sic stantibus* por não ter cumprido exatamente a prestação que se tornou subjetivamente impossível.⁶⁸³ A lei portuguesa preferiu deixar cristalino, no artigo 438, que se trata da mora anterior, quando exige que o devedor não esteja em mora quando da alteração.

Esclarecida a questão, fica a dúvida quanto a outro ponto que não está bem claro nas obras da maioria dos juristas e legisladores, já que se referem somente à mora não observando que pode tratar-se da mora causadora da onerosidade excessiva.⁶⁸⁴ O próprio artigo supramencionado – 395 -, a respeito do caso fortuito e da força maior diz: “Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa [...]”, isto é, somente os prejuízos causados pela sua mora. Por outro lado o art. 399⁶⁸⁵, como já fazia seu correspondente no Código Civil de 1916, o artigo 956, afirma que “O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação [...]”. Fica a dúvida sobre a necessidade de ser a mora causadora do prejuízo para impedir que o devedor possa revisar o contrato.

Mas parece plausível compreender que não basta que a parte prejudicada esteja em mora quando do evento alterador das circunstâncias para que não possa se valer da cláusula *rebus sic stantibus*, mas sim que, em virtude de sua mora, o evento alterador tenha lhe causado prejuízos. Inclusive parece que é exatamente por isso que a grande maioria dos doutrinadores aborda a mora dentro do requisito da ausência de culpa da parte onerada, pois se referem à mora que se traduz em culpa no que tange à onerosidade exacerbada e não a

⁶⁸² AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 157.

⁶⁸³ SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão: Revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989. p. 38.

⁶⁸⁴ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 144.

⁶⁸⁵ FRANTZ, Laura Coradini. **Bases Dogmáticas para Interpretação dos artigos 317 e 478 do novo Código Civil Brasileiro**. Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2004. p. 161-165

qualquer mora. Ocorre que é possível apoiar a tese oposta, como faz a grande parte da doutrina, a partir do seguinte raciocínio: a mora obriga o devedor a reparar os danos causados ao credor, ao tempo da alteração a parte onerada estava em mora, portanto deve arcar com os prejuízos. Entretanto, parece defensável que o devedor deva ser responsabilizado somente pelo prejuízo que sua mora causar, e não àquele que a alteração fática causar quando ele estava em mora.

Bem lembra Pontes de Miranda, quando trata do art. 963 do CC/1916, cujo equivalente é o art. 396⁶⁸⁶ do CC/2002, que não há mora sem culpa. Assim, o ordenamento jurídico privado brasileiro adotou o princípio da imputabilidade ou da causalidade (*Veranlassungsprinzip*) e não o princípio da culpa (*Verschuldensprinzip*).⁶⁸⁷

Demonstrando que o raciocínio inverso pode ser sofismático, transcreve-se um trecho da obra de Antonio de Almeida Santos:

[...] se o devedor que falta culposamente ao cumprimento pontual da obrigação se torna responsável pelo prejuízo que causa ao credor (artigo 798.º) e se a simples mora constitui o devedor na obrigação de reparar os danos causados ao credor (artigo 804.º) sempre haveriam de imputar-se-lhe as consequências das alterações da base do negócio que, sobrevindo à data em que devia ter cumprido, só puderam afectar aquela base, e o credor, em razão do incumprimento culposo em tempo oportuno.⁶⁸⁸

O mesmo autor, em outro fragmento de seu livro, conclui, com acerto:

[...] se a parte lesada pela alteração anormal da base do negócio se encontrava em mora no momento em que se verificou essa alteração, mas por motivos que lhe não sejam imputáveis, continua a poder invocar o direito de ver resolvido ou modificado o contrato com fundamento na mesma alteração.⁶⁸⁹

⁶⁸⁶ “Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.”

⁶⁸⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 23. p. 126.

⁶⁸⁸ SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972., A., Op. cit., p. 88. Obs: Lembrando que o autor se refere aos artigos do Código Civil português.

⁶⁸⁹ SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 89.

3.2.1.6 Aplicação aos contratos aleatórios

Entendendo que, nos contratos aleatórios, a álea é o próprio objeto do negócio jurídico, alguns autores não veem possibilidade de aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* a esta espécie de contratos. Conforme Álvaro Villaça de Azevedo: “[...] ninguém contrata para experimentar prejuízos, a não ser que a álea seja objeto do negócio”.⁶⁹⁰ Em consequência, faz parte de sua natureza ganhar muito, perder muito, ou até mesmo perder tudo. Ou, de forma mais radical, como fez o professor Caio Mário da Silva Pereira: “Nunca haverá lugar para a aplicação da teoria da imprevisão [...] nos contratos aleatórios [...]”.⁶⁹¹ E é assim que também pensa a grande maioria dos legisladores estrangeiros.⁶⁹² *Data maxima venia*, o equívoco, entretanto, está em entender que quem firma um contrato aleatório passa a aceitar todo e qualquer acontecimento, devendo suportar os prejuízos que vierem. Mesmo nessa espécie há um limite do que é plausível, não podendo o risco consentido ser considerado infinito.

Um contrato deste tipo expande a álea natural de um acordo, impossibilitando a invocação da cláusula *rebus sic stantibus* para os casos que mesmo excessivamente oneradores estejam dentro da enorme álea com a qual o contratante se responsabilizou. Contudo, a alteração fática que extrapolar este limite deve permitir a revisão.⁶⁹³ Estes contratos, apesar da natureza essencialmente especulativa, não afastam a boa-fé e a equidade. Tomemos um contrato de seguro. Apesar de aleatório, por meio de interpretação, pode-se

⁶⁹⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria da imprevisão e revisão judicial dos contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 733, p.109-119, nov. 1996. p. 113.

⁶⁹¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 3.ed. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 3. p. 143.

⁶⁹² Exemplo: artigo 1.469 do CC italiano: “Le norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti aleatori per loro natura o per volutá delle parti”, ou seja, “As normas dos artigos precedentes não se aplicam aos contratos aleatórios pela sua natureza ou por vontade das partes” (tradução livre). OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 79. No entanto, boa parte das legislações não manifesta expressamente abrindo margem a interpretações. A lei portuguesa, por exemplo, não deixa claro, mas permite crer que aceita a revisão nestes contratos. SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão: Revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989. p. 52-53.

⁶⁹³ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 106-107, p. 134; SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 95; AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 157; MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 99 e p. 119; OLIVEIRA, Abgar Soriano de. **Da cláusula rebus sic stantibus**. Recife: Ed do autor, 1940. p. 173 e p. 293; SIDOU, J. M. Othon. **A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas**. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978. p.79; SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 36-37.

observar se determinadas alterações faziam ou não parte do risco assumido pelo segurador.⁶⁹⁴ Compete ao juiz esta avaliação, definindo no caso concreto se a alteração arguida estava fora dos riscos assumidos.⁶⁹⁵ Há, de fato, dificuldade enorme na tarefa de distinguir os riscos incomuns àquele contrato⁶⁹⁶, mas, ainda assim, não há que se proibir sua aplicação.

3.2.2 Projeto de Lei nº6960/2002 que visa alterar artigos do Código Civil de 2002.

Conhecido como projeto Fiuzza - nome do deputado do PPB de Pernambuco recentemente falecido, autor deste Projeto de Lei - esta é uma bela obra que visava alterar diversos dispositivos do Código Civil de 2002, principalmente aqueles criticados, quando da entrada em vigor desta Lei, em função do seu “nascimento defasado”, tendo em vista que o Projeto de Código Civil que originou nosso atual código remonta ao ano de 1975.

Embora bem elaborado, alguns artigos da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, não acompanharam as evoluções da realidade, o que é natural no mundo do direito, onde a legislação sempre corre atrás dos fatos, por serem esses muito mais dinâmicos. Com o CC/2002 não haveria de ser diferente. Portalis, em discurso preliminar à apresentação do projeto do Código Civil Francês (*Code Civil*), discorre sobre esta dificuldade que o legislador enfrenta ao elaborar um código:

Por mais completo que possa parecer um código, nem bem está acabado e mil questões inesperadas se apresentam ao magistrado... O que cabe à lei é fixar, por grandes vistas, as máximas gerais do direito... cabe ao magistrado e ao juriconsulto lhe dirigir a aplicação.⁶⁹⁷

No que toca à matéria desta dissertação de mestrado, como já visto, os artigos 478, 479 e 480 do atual Código Civil trazem ideias liberais oitocentistas que há muito já vêm sendo rejeitadas pelos doutrinadores e há algum tempo, já pelos legisladores, como o Código

⁶⁹⁴ SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 75-76.

⁶⁹⁵ SANTOS, Antonio de Almeida. **A Teoria da Imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972. p. 96.

⁶⁹⁶ SIDOU, J. M. Othon. **A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas**. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978. p. 78.

⁶⁹⁷ FURET, François; OZOUF, Mona. **Dicionário crítico da revolução francesa**. Tradução Henrique Mesquita. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989. p.499.

Português, por exemplo, ou mesmo por uma lei nacional, o CDC. Repisa-se aqui que, como se não bastasse a exigência do requisito da imprevisibilidade - apesar de plausível, já que a grande maioria dos textos legais do mundo a exigem – o legislador brasileiro força uma nova teoria ainda mais retrógrada, e cria um dispositivo legal que só se aplica quando a parte contrária lucrar com a onerosidade da outra.

Visando alterar a redação desatualizada desses artigos, o P.L. n°6960/2002 propunha que a nova redação - dentro do capítulo intitulado “Da revisão e da extinção do contrato” na seção I, denominada “Da revisão” - seja a seguinte:

Art.472. Nos contratos de execução sucessiva ou diferida, tornando-se desproporcionais ou excessivamente onerosas suas prestações em decorrência de acontecimento extraordinário e estranho aos contratantes à época da celebração contratual, pode a parte prejudicada demandar a revisão contratual, desde que a desproporção ou onerosidade exceda os riscos normais do contrato.

§ 1º. Nada impede que a parte deduza, em juízo, pedidos cumulados, na forma alternativa, possibilitando, assim, o exame judicial do que venha a ser mais justo para o caso concreto;

§ 2º. Não pode requerer a revisão do contrato quem se encontrar em mora no momento da alteração das circunstâncias;

§ 3º. Os efeitos da revisão contratual não se estendem às prestações satisfeitas, mas somente às ainda devidas, resguardados os direitos adquiridos por terceiros.

Art. 473. Nos contratos com obrigações unilaterais aplica-se o disposto no artigo anterior, no que for pertinente, cabendo à parte obrigada pedido de revisão contratual para a redução das prestações ou alterações do modo de executá-las, a fim de evitar a onerosidade excessiva.⁶⁹⁸

Na seção II, intitulada “Da resolução” o Projeto sugeria:

Art.474. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as prestações do contrato.

Art. 475. Requerida a revisão do contrato, a outra parte pode opor-se ao pedido, pleiteando a sua resolução em face de graves prejuízos que lhe possa acarretar a modificação das prestações contratuais.

Parágrafo único. Os efeitos da sentença que decretar a resolução do contrato retroagirão à data da citação.⁶⁹⁹

Como se pode perceber, não apenas o texto como um todo é alterado para os moldes modernos da revisão por excessiva onerosidade, como é alterada inclusive a numeração destes artigos.⁷⁰⁰

⁶⁹⁸ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei n. 6960/2002**. Autoria: Sen. Ricardo Fiuzza. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/Prop_Detalhe.asp?id=56549> Acesso em: 10 dez. 2004. p.5.

⁶⁹⁹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei n. 6960/2002**. Autoria: Sen. Ricardo Fiuzza. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/Prop_Detalhe.asp?id=56549> Acesso em: 10 dez. 2004. p. 5.

Em sua justificação, o Projeto de Lei observa que visa alterar o artigo 478 por optar pela resolução como regra; por ter a redação exigido a onerosidade excessiva destoando da finalidade básica da teoria da imprevisão, que é “socorrer o contratante que será lesado pelo desequilíbrio contratual” citando, para tanto, Regina Beatriz Tavares da Silva. Diz ainda que redireciona o artigo 480 para o “parágrafo 2º do dispositivo matriz de revisão do contrato” em seção adequada. Critica a nomeação do atual capítulo “Da Extinção do Contrato” já que este capítulo aborda inclusive a revisão contratual, acrescentando uma seção própria para a revisão a fim de melhor disciplinar a sua aplicação.⁷⁰¹

Há que se criticar a previsão expressa da inaplicabilidade aos casos em que o contratante esteja em mora, da forma que foi feita. O projeto comete o mesmo erro de diversas outras legislações e até de doutrinadores que não especificam a mora a que se referem dando uma abrangência exagerada a este requisito. Conforme já foi frisado, a simples mora não pode desamparar o contratante onerado, pois para este já existem sanções como juros e multa. Caso a mora der causa ao evento extraordinário, estaremos dentro do requisito da ausência de culpa, e aí, sim, estará o contratante impossibilitado de valer-se da forma moderna da cláusula *rebus sic stantibus*. Há nesta parte do projeto uma involução da norma, em dissonância com o todo do texto que a aperfeiçoa.

Outro ponto que deve ser aqui lembrado, apesar de já abordado, é a nomenclatura deste instituto, pois caso tivesse vingado a proposta deste projeto, não mais seria necessária a imprevisibilidade do fato alterador das circunstâncias, levando-nos a rever a terminologia “teoria da imprevisão”. Buscou-se não adotar essa denominação ao longo deste estudo, contudo há quem entenda que tal nomenclatura está consagrada como a nova forma da cláusula *rebus sic stantibus*, e deve ser utilizada independentemente de seus requisitos. Nada obstante, discorda-se desta corrente. Se a lei não exige imprevisibilidade, não há sentido em chamar a teoria que fundamenta essa lei como “da imprevisão”. Entendemos que há uma teoria, criada pelos tribunais franceses, que leva este nome, bem como diversas outras teorias provenientes de outros países, Cortes, Tribunais, autores, etc., que possuem não apenas a nomenclatura, mas requisitos divergentes entre si. Basta estudar os requisitos exigidos e descobrir a qual pertence essa proposta de alteração da redação do CC, ou, ainda, descobrir

⁷⁰⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 469-470.

⁷⁰¹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei n. 6960/2002**. Autoria: Sen. Ricardo Fiuzza. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/Prop_Detalhe.asp?id=56549> Acesso em: 10 dez. 2004. p. 33.

que não pertence a nenhuma, como concluiu-se a respeito do Código de Defesa do Consumidor.

Infelizmente - ao menos no que toca a revisão dos contratos – o Projeto Fiuza foi arquivado. Contudo, ainda que não tenha sido aprovado, mister mencioná-lo diante das significativas melhoras que propôs ao texto do CC.

PARTE II – SUPERENDIVIDAMENTO

4 O FENÔMENO DO SUPERENDIVIDAMENTO

Compreendido o processo como se dá a revisão dos contratos no direito brasileiro, passa-se à segunda parte do trabalho que pretende analisar o fenômeno do superendividamento, para só depois estudar a possibilidade de revisão com base no superendividamento.

Primeiramente se buscará entender o que é o fenômeno do superendividamento, a fim de compreender suas causas, consequências, requisitos para a caracterização e seus tipos.

4.1 Histórico

A palavra “crédito” etimologicamente provém do termo latino “*credere*” que quer dizer “ter confiança”. Isto é, o credor acredita, tem confiança em que o devedor pagará o devido conforme o acordado.⁷⁰²

“Historicamente, a concepção negativa do endividamento está ligada à concepção negativa do próprio crédito.”⁷⁰³ Por isso, ainda hoje, é comum a visão moralista que destrata o devedor. Por muitos anos apenas o fato de ficar devendo já era motivo para reprovação social. Notadamente os povos da Europa do Sul, de influência católica⁷⁰⁴, assim como suas colônias, tinham uma imagem negativa do crédito, associando-a à usura do credor e ao fracasso moral

⁷⁰² LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável**: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 15.

⁷⁰³ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável**: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 22.

⁷⁰⁴ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 4.

do devedor. Aos poucos, a sociedade foi aceitando a *open credit society*, inclusive em países tradicionalmente católicos, contudo, a aceitação do endividamento como meio de vida não veio acompanhada pela tolerância com o devedor que segue carregando o estigma de alguém com falhas de caráter. A legislação e a própria Constituição Federal corroboram essa posição ao ainda permitir a prisão civil por dívidas em caso de depositário infiel.⁷⁰⁵

Mas, no passado, isso foi ainda pior. Por muitos anos, a vida e, depois, a liberdade do devedor serviam de garantia para o credor.⁷⁰⁶

Ensina Silvio Javier Battello,⁷⁰⁷ em excelente artigo que traz o histórico do superendividamento, que, em Roma⁷⁰⁸, o crédito era estabelecido principalmente em operações de venda a prazo e empréstimo com interesse, quando se penhorava a si próprio, sua família e seus bens ao devedor. A Lei das XII Tábuas seguiu prevendo tais barbáries e regulamentou seu funcionamento, criando um sistema que previa um prazo de 60 dias após a adjudicação para o pagamento da dívida por alguém que quisesse salvar o devedor. Transcorrido o prazo, o devedor perdia os direitos civis (*capitis poena*), passando a ser permitido ao credor que deliberasse sobre o corpo do seu devedor, tendo, inclusive, o direito de matá-lo ou vendê-lo como escravo. Em havendo mais de um credor, repartia-se o preço da venda do insolvente como escravo ou retalhavam o seu corpo.

No entanto, com o passar dos anos, “progresivamente el deudor dejó de ser cosa, o de ser tratado bajo los principios análogos a los del Derecho Real, para ser persona.”⁷⁰⁹ A obrigação pessoal somente foi abolida quando passou a vigorar a *Lex Poetelia Papiria*⁷¹⁰, lei

⁷⁰⁵ art. 5º, LXVII da CF e art. 652 do CC, cabendo mencionar a posição do STF em Súmula 619 que reitera a possibilidade de prisão civil: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constitui o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito.” Contudo este posicionamento já vem mudando conforme se verá no item que trata da dignidade da pessoa humana.

⁷⁰⁶ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 193.

⁷⁰⁷ BATELLO, Silvio Javier. A (in)justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 212 a 227.

⁷⁰⁸ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 8.

⁷⁰⁹ LORENZETTI, Ricardo Luiz. **La emergencia económica y los contratos**. 2. ed. ampl. e act. Buenos Aires: Rubinzal – culzoni, 2002. p. 322.

⁷¹⁰ Silvio Javier Battello fala no ano de 428 a.C. (BATELLO, Silvio Javier. A (in)justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 213.) enquanto Ricardo Luiz Lorenzetti afirma que tal lei data de 326 a.C.

que determinou que somente os bens do devedor garantissem suas dívidas. No mesmo período, surgiu o critério da *benignitas* com a mesma ideologia cristã, o que aos poucos foi consolidando uma gama de princípios de proteção dos devedores como o *favor debitoris*, *favor libertatis* e *contra stipulatorem*.⁷¹¹

Contudo, o declínio do Império Romano, a partir de 180 d.C., trouxe as invasões bárbaras como as germânicas que resultaram na Idade Média, período em que retornaram os processos de execução pessoal e prisão por dívidas. Nesse período, o controle da aristocracia fundiária gerou a miséria e o endividamento dos pequenos camponeses que passaram a submeter-se a um sistema de dependência pessoal.

A retomada dos estudos do direito romano, devido à criação das universidades entre 1050 e 1200, associado ao combate à Usura promovido pelo direito canônico, recuperou o cuidado com a dignidade do devedor. Os canonistas trouxeram com isso o cuidado com o equilíbrio do contrato, preocupando-se com a ideia de “preço justo”.

A Igreja Católica⁷¹² historicamente sempre condenou o empréstimo a juros baseada em passagens bíblicas como: “Não exijas dele nem interesse nem proveito, mas teme teu Deus... Não lhe emprestarás teu dinheiro a juros, e não lhe darás teus víveres com a intenção de tirar daí algum benefício” (Levítico 25:36-37) e “Se ele emprestar com rebate ou cobrar juros, este tal não salvará sua vida. Se ele fez todas essas coisas abomináveis, morrerá e seu sangue ficará sobre ele” (Ezequiel 18:13)”⁷¹³, ou ainda no Evangelho de Lucas, onde o apóstolo diz: “Faças o bem e emprestes sem nada esperar em troca”. Ao tomador de empréstimo, ele alerta: “Tu vieste procurar apoio, tu encontraste um inimigo. Tu buscavas um remédio, tu encontraste um veneno. Depois de ter obtido o dinheiro, tu ficarás, primeiro, sereno e feliz. Mas ambos desaparecem e o tempo avança, carregando os juros, as noites não te repousam mais, o dia perde a luz, o sol não é mais radiante e tu te desdobrarás odiando a

(LORENZETTI, Ricardo Luiz. **La emergencia económica y los contratos**. 2. ed. ampl. e act. Buenos Aires: Rubinzal – culzoni, 2002. p. 322) Embora haja um grande diferença entre as datas, percebe-se que muitos outros livros também apontam para estes dois anos não se chegando à um consenso. Predominam os autores que apontam para o ano de 326 a.C.

⁷¹¹ LORENZETTI, Ricardo Luiz. **La emergencia económica y los contratos**. 2. ed. ampl. e act. Buenos Aires: Rubinzal – culzoni, 2002. p. 322.

⁷¹² Para uma análise do crédito nas religiões protestantes, ver GIANCOLI, Brunno Pandori. **O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 26 a 30.

⁷¹³ WEATHERFORD, Jack Melver. **A história do dinheiro: do arenito do ao cyberspace**. Ed. rev. - São Paulo: Negócio Editora, 2000. p. 76.

vida”. E então, dirigindo-se ao mutuante, o repreende: “Tu não paras de ladrar, tu reclamas sempre mais. Se teu emprestador jura, nele não acredites, tu perguntas o que ele possui em casa, tu te colocas frente à sua casa e bates à sua porta. Tu o envergonharás na frente de sua mulher, diante dos seus amigos também: na praça, tu o sufocas, tu tornas sua vida insuportável.”⁷¹⁴

Isto porque esta religião se expandiu quando se passou a perceber a usura como um mal endêmico, assim, os fundadores do catolicismo colocaram o combate ao empréstimo a juros exorbitantes entre suas prioridades. Da mesma forma, os reformadores acreditaram ter solucionado este problema não proibindo, mas exigindo a moderação no empréstimo a juros.⁷¹⁵

Em 1258, surgiu o Regimento da Casa Real, a primeira norma que abordava o tratamento dos endividados na legislação portuguesa, legislação que, sob influência visigótica, autorizava a prisão por dívidas. Em 1426, as Ordenações Afonsinas introduziram alguns avanços, exigindo que a condenação judicial e a execução patrimonial precedessem a prisão por dívidas, bem como autorizou que o rei concedesse moratórias pelo prazo máximo de cinco anos, desde que apresentado fiador solvente e motivo justo para a mora.

Após tantas evoluções, a história, sempre cíclica, trouxe um grande retrocesso com o Alvará de 1756, editado pelo Marquês de Pombal. Tal norma veio a alterar o Livro V, Título LXVI das Ordenações Filipinas, tornando a condenar a penas severas os insolventes que recebiam sanções que variavam conforme o montante devido, sendo as piores a morte ou o degredo ao Brasil.

O fato é que sempre foi comum o destrato com os superendividados. Conforme leciona Rafael Efrat, punições como: confisco de todos os bens do devedor, revogação da cidadania, uso de crianças como escravas, entre outras selvagerias foram aplicadas por séculos. Era comum a humilhação pública como forçar a ficar sentado em local público, comumente o mercado, com um cesto na cabeça. Outra tortura, comum em região onde hoje é a Itália, consistia em levá-lo nu até uma praça pública e amarrar as nádegas do devedor falido

⁷¹⁴ GIANCOLI, Brunno Pandori. **O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 24.

⁷¹⁵ GIANCOLI, Brunno Pandori. **O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 22.

a uma rocha especialmente designada para isso, permitindo que a multidão o importunasse. Podiam também obrigá-lo a utilizar roupas que o distinguiam do restante das pessoas, como era comum na Escócia, onde os superendividados utilizavam em público um casaco e um chapéu metade amarelo, metade marrom. Ou ainda, vendê-lo em um leilão no centro comercial da cidade pelo maior lance.⁷¹⁶

Nos tempos de colônia, os Estados Unidos mantiveram essa imagem do devedor insolvente, sendo ele perseguido como criminoso, ladrão ou, na maioria das vezes, como escravo. Capturado, sofria como pena a prisão e o açoitamento.⁷¹⁷ Aos poucos, o pensamento mais humano passou a ser considerado, e a crueldade foi banida.

Outro grande marco a ser comentado quando se trata do histórico desse fenômeno social, foram os anos da década de 1920, quando se iniciou a produção em massa, a publicidade passou a incutir o desnecessário e o consumismo tomou conta de um mundo que se tornava globalizado. Esse modelo atingiu sua plenitude após a Segunda Guerra Mundial.⁷¹⁸ Quanto a isso, vale citar as palavras de Jack Weatherford:

Na era do dinheiro que antecedeu à II Guerra Mundial, o crédito continuou regalia dos ricos pelo mundo. Os bancos emprestavam para as pessoas que tinham propriedade suficiente para servir como garantia para saldar as dívidas. Além dos fazendeiros, a maioria dos indivíduos da classe trabalhadora e classe média não tinham dívidas bancárias porque ninguém lhes concedia empréstimo. Eles geralmente alugavam suas casas e, nas raras ocasiões em que eram donos de uma, geralmente pagavam por ela enquanto era construída. Um comerciante podia permitir que os clientes confiáveis pagassem um item em parcelas, ou mantivessem uma conta na mercearia, mas tais relações permaneciam extremamente pessoais, e as somas envolvidas eram ínfimas no ambiente financeiro como um todo. Uma pessoa de classe média que necessitasse de dinheiro podia penhorar joias da família ou usar uma propriedade recebida por herança ou, como último recurso, conseguir dinheiro com um agiota, mesmo que esse cobrasse juros exorbitantes e exigisse pagamento sob pena de grande dor física.

Em 1928, o National City Bank Of New York experimentou uma nova idéia radical: ofereceu-se para efetuar pequenos empréstimos para a classe trabalhadora. O banco iniciou o programa de empréstimo ao consumidor sob grande pressão do procurador estadual, e um esforço para conter os agiotas. No primeiro dia da nova operação do banco, o departamento de crédito ao consumidor registrou 500 solicitações de empréstimos. A classe trabalhadora da cidade de Nova York demonstrou ser um

⁷¹⁶ EFRAT, Rafael. **The evolution of bankruptcy stigma – Personal Bankruptcy in the 21st Century: Emerging Trends and New Challenges.** In: *Theoretical Inquires in Law*, July 2006. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 1 e 2.

⁷¹⁷ EFRAT, Rafael. **The evolution of bankruptcy stigma – Personal Bankruptcy in the 21st Century: Emerging Trends and New Challenges.** In: *Theoretical Inquires in Law*, July 2006. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 3.

⁷¹⁸ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação.** Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 10.

bom risco de crédito: o banco perdia menos de três dólares para cada mil dólares emprestados. Com uma taxa de juros de 12% e um baixíssimo índice de inadimplência entre prestários conscienciosos, o banco logo concluiu que empréstimos ao consumidor representavam uma magnífica fonte de lucros.

[...]

O repórter e analista econômico James Grant chamou esse processo de ‘a democratização das dívidas e a socialização do risco’. Em uma geração, a dívida passou a ser não só a norma, mas também o direito esperado de praticamente toda a classe média e classe trabalhadora.⁷¹⁹

Depois disso, passou-se a questionar a sociedade baseada na disciplina rigorosa e a apresentar conceitos mais individualistas e niilistas. O centro das atenções passou a ser a satisfação imediata de necessidades e a perspectiva de prazer, conforto e bem-estar sempre presente. Ambiente perfeito para a ocorrência do superendividamento.

No ordenamento jurídico brasileiro, não há muito a comentar quanto ao falido pessoa física. Enquanto o falido comerciante recebe tratamento desde o Código Comercial de 1850, com significativas evoluções em seu tratamento, o superendividado foi simplesmente esquecido. Entretanto, alguns poucos marcos históricos merecem menção. O projeto de Código Civil, de Teixeira de Freitas, redigido entre 1860 e 1865, continha uma previsão em seu plano originário, na “Parte Especial”, um Livro II que tratava do “Concurso de credores” dedicado aos endividados. Contudo, o chamado “Esboço” não foi aprovado por ser considerado audacioso demais. O CC de 1916, como se sabe, baseado em ideologias liberais, previu um procedimento de simples liquidação do patrimônio do devedor que possuísse um passivo superior ao ativo, conforme Tit. IX, arts. 1554 a 1569.

Já que o direito material não se encarregou da proteção, o direito processual buscou suprir a falta a partir do atual Código de Processo Civil de 1973, onde há previsão em Tit. IV, Liv. II, de “execução por quantia certa de devedor insolvente”. Ocorre que também esta não é suficiente. Desde 1973, muito se passou, e principalmente instaurou-se a cultura do consumo e do crédito fácil, mudanças que estimulam o superendividamento.

As últimas chances de positivar este instituto foram o CDC, o CC de 2002 e a Lei de Falências. Entretanto, nenhum deles previu qualquer proteção ao superendividado, sendo que qualquer desses diplomas seria indicado para tanto.

⁷¹⁹ WEATHERFORD, Jack McIver. **A história do dinheiro**: do arenito do ao cyberspace. Ed. rev. - São Paulo: Negócio Editora, 2000. p. 227 e 228.

O preconceito contra o devedor ainda é muito forte porque a compreensão de que destrará-lo é uma injustiça ainda é muito recente.

Em 1897, há pouco em termos históricos, nos departamentos de Alsace-Moselle, o tratamento dos insolventes ainda continha medidas humilhantes, tais como o uso de um boné verde em público.⁷²⁰

E mesmo nos dias de hoje, Rafael Efrat identifica uma intensificação no estigma do devedor falido.⁷²¹ Segundo o autor, desde os anos sessenta, os falidos individuais passaram a ser tratados pelos jornais como enganadores, ludibriadores, irresponsáveis, antiéticos e indivíduos sem disciplina.⁷²² Até o século passado, o crédito era privilégio de poucos. Somente nas décadas de setenta e oitenta passou-se ao fácil acesso que se vê hoje.

A saída da mulher ao mercado de trabalho aumentou o número de consumidores e o crédito fácil passou a permitir que grande número de consumidores passasse a consumir antes mesmo de possuir recursos para tanto. Assim, se o superendividamento sempre foi um problema dos homens que geriam o orçamento familiar, hoje, as pesquisas apontam para uma inversão, pois o sexo feminino se igualou em termos de falência individual, e, em muitos países, já é maioria.⁷²³

Este crédito ao consumo como se conhece modernamente tem origem nos Estados Unidos do início do século passado, mas logo se alastrou pela Europa passando a fazer parte do cotidiano do brasileiro com mais frequência desde a estabilização da moeda com o Plano Real.⁷²⁴ Os norte-americanos, entre o final do século XIX e início do século XX, eram quem

⁷²⁰ PEREIRA, Wellerson Miranda. Superendividamento e crédito ao consumidor: reflexões sob uma perspectiva de direito comparado. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 163. EFRAT, Rafael. **The evolution of bankruptcy stigma – Personal Bankruptcy in the 21st Century: Emerging Trends and New Challenges**. In: Theoretical Inquires in Law, July 2006. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 2.

⁷²¹ EFRAT, Rafael. **The evolution of bankruptcy stigma – Personal Bankruptcy in the 21st Century: Emerging Trends and New Challenges**. In: Theoretical Inquires in Law, July 2006. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 1.

⁷²² EFRAT, Rafael. **The evolution of bankruptcy stigma – Personal Bankruptcy in the 21st Century: Emerging Trends and New Challenges**. In: Theoretical Inquires in Law, July 2006. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 7.

⁷²³ SULLIVAN, Teresa A. **Gender differences in accounts of bankruptcy**. In: Saint Louis Public Law Review, 2005. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 2.

⁷²⁴ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio

melhor tinham condições de antecipar rendimentos futuros, passando a não mais ver o crédito como sinônimo de pobreza ou prodigalidade.⁷²⁵ Uma das primeiras a popularizar o crédito foi a Singer, marca de máquinas de costura que, em 1850, criou uma espécie de aluguel de longa duração de seus produtos. Alguns anos depois, as grandes construtoras de automóveis e eletrodomésticos passaram a utilizar o crédito no modelo que se conhece hoje.⁷²⁶

Mas há outro motivo para os Estados Unidos serem o berço da democratização do crédito. Em nenhum outro lugar do mundo existe a cultura do hedonismo tão forte. Esse país tradicionalmente busca uma gratificação instantânea anterior ao trabalho.⁷²⁷ É a terra da liberdade onde se pode comer a sobremesa antes da janta, isto é, gozar do bônus antes do ônus. Assim, o neoliberalismo do final do século XX teve como consequência a ampla, e talvez inconsequente, liberação absoluta do crédito.⁷²⁸

Entretanto, o Brasil não possui um sistema de tratamento dos superendividados. Para isso, além de uma visão moderna do endividamento, ainda é necessária a superação do dogma voluntarista e da visão clássica de autonomia privada, já que o modelo contratual individualista não se aplica aos problemas contemporâneos decorrentes dos contratos de adesão e da concessão de crédito em massa, onde as operações são padronizadas e impessoais.⁷²⁹ Nesses contratos, onde os termos do contrato vêm redigidos pelo fornecedor, cabendo ao consumidor aceitá-lo ou não, não há se falar em autonomia privada e presunção da racionalidade. O Brasil está distante de uma autonomia privada educada, pois o consumidor médio não compreende perfeitamente as operações de crédito realizadas, apenas

Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 9.

⁷²⁵ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 16. FRADE, Catarina, MAGALHÃES, Sara. Sobreendividamento, a outra face do crédito. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 24.

⁷²⁶ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 18.

⁷²⁷ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 20.

⁷²⁸ PEREIRA, Wellerson Miranda. Superendividamento e crédito ao consumidor: reflexões sob uma perspectiva de direito comparado. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 162.

⁷²⁹ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 29.

assina o que lhe é fornecido sem avaliar as consequências, confiando que tudo esteja conforme o que se espera para adquirir o produto que deseja, pois não tem conhecimento técnico para ler o contrato que lhe é fornecido, apenas segue as instruções do fornecedor que já realizou aquela operação diversas vezes e indica, passo a passo, o que o consumidor deve fazer para sair com o produto da loja. As relações consumeiristas baseiam-se na confiança principalmente em função da padronização das operações. Além disso, o consumidor muitas vezes é acometido por fatos supervenientes que não foram previstos quando da compra.⁷³⁰

Aos poucos, os tribunais vêm reconhecendo o instituto do superendividamento. Na jurisprudência pátria, é possível encontrar outros exemplos de combate ao superendividamento, principalmente nos casos de crédito consignado. Inicialmente, os Tribunais passaram a conceder o cancelamento dos descontos em folha de pagamento judicialmente, haja vista a negativa no âmbito administrativo. Exemplo disso é a primeira decisão a referir expressamente o tema do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos Embargos Infringentes 70005869540, cujo relator foi o Desembargador Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, datada de 14/03/2003.⁷³¹

A partir dessa decisão, o STJ passou a discordar reformando os acórdãos neste sentido, aceitando a validade e eficácia da cláusula consignatória.⁷³²

⁷³⁰ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável**: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 35 e 36.

⁷³¹ EMBARGOS INFRINGENTES Nº 70005869540, SEGUNDO GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO, JULGADO EM 14/03/2003: “Embargos Infringentes. Administrativo. Servidor público estadual. Descontos não obrigatórios em folha de pagamento. Cancelamento. Legitimidade do estado em responder a demanda em que o servidor postula o cancelamento de descontos tidos por “não-obrigatórios” em folha de pagamento. Possibilidade de cancelamento dos descontos efetuados em folha de pagamento, quando o servidor, que contraria os empréstimos, não tenha mais interesse nesta forma de adimplemento de sua obrigação. Abusividade dos descontos, uma vez efetuada a “re-vox” para a sua realização, atentando-se para a natureza alimentar dos vencimentos, burlando a garantia de sua impenhorabilidade e ferindo, em última análise, o próprio princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Embargos desacolhidos”. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Crédito consignado e superendividamento dos servidores públicos**: evolução da jurisprudência. Palestra proferida no Colóquio Internacional: Aspectos jurídicos da proteção dos consumidores: Comparações França – Brasil – Argentina, realizado nos dias 29 e 30 de maio de 2008, no salão nobre da Faculdade de Direito/UFRGS. Organização do Curso de Especialização em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais da UFRGS. No Prelo. p. 2 e 3.

⁷³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção REsp 728.563/RS; Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior. j. em 08 jun. 2005: “Civil. Contrato de auxílio financeiro. Desconto em folha de pagamento. Cláusula inerente à espécie contratual. Inocorrência de abusividade. Penhora sobre a remuneração não configurada. Supressão unilateral da cláusula de consignação pelo devedor. Impossibilidade.

Com isto, o TJRS passou a acolher o entendimento do STJ, revisando sua jurisprudência, tentando, contudo, uma posição intermediária, buscando limitar a eficácia dessas cláusulas. Neste sentido, vale mencionar o caso paradigmático *Apelação Cível nº 70014867840*⁷³³, julgado pela 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 06.07.2006, cujo Relator, mais uma vez o Desembargador Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, limitou o desconto em folha do crédito consignado a trinta por cento dos vencimentos brutos da servidora pública apelante.⁷³⁴

Pouco antes, em 14 de fevereiro de 2006, a 18ª Câmara Cível deste mesmo Tribunal se manifestou em *Agravo de Instrumento 2005.002.26190*⁷³⁵, afirmando que “tem a instituição financeira responsabilidade pela má concessão de crédito, ao conceder empréstimos além da capacidade de endividamento do cliente, devendo pelo dever de lealdade e boa-fé, buscar o reescalonamento do débito dentro da margem razoável de consignação.”⁷³⁶ O agravo do banco visava atacar a decisão de primeiro grau que determinou, liminarmente, que o banco se abstivesse de reter o salário da agravada. Restou negado provimento ao recurso por unanimidade.

I – É válida a cláusula que autoriza o desconto em folha de pagamento do empregado ou servidor da prestação do empréstimo contratado a qual não pode ser suprimida por vontade unilateral do devedor, eis que da essência da avença celebrada em condições de juros e prazos vantajosos para o mutuário.

II – Recurso especial conhecido e provido.”

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Crédito consignado e superendividamento dos servidores públicos**: evolução da jurisprudência. Palestra proferida no Colóquio Internacional: Aspectos jurídicos da proteção dos consumidores: Comparações França – Brasil – Argentina, realizado nos dias 29 e 30 de maio de 2008, no salão nobre da Faculdade de Direito/UFRGS. Organização do Curso de Especialização em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais da UFRGS. No Prelo. p. 3.

⁷³³ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável**: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 98.

⁷³⁴ “MANDADO DE SEGURANÇA. SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA. DESCONTOS EM FOLHA DE PAGAMENTO EFETUADOS EM CUMPRIMENTO AO ARTIGO 81 DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 10.098/94. CANCELAMENTO. INVIABILIDADE. REDUÇÃO PROPORCIONAL AO LIMITE DE 30% DA REMUNERAÇÃO BRUTA DO IMPETRANTE. Inviabilidade do cancelamento dos descontos em folha de pagamento pela vontade unilateral do devedor. Verificada a abusividade, no caso concreto, impõe-se a redução dos descontos de valores dos vencimentos ao patamar de 30% da remuneração bruta do servidor. Segurança concedida em parte”. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Crédito consignado e superendividamento dos servidores públicos**: evolução da jurisprudência. Palestra proferida no Colóquio Internacional: Aspectos jurídicos da proteção dos consumidores: Comparações França – Brasil – Argentina, realizado nos dias 29 e 30 de maio de 2008, no salão nobre da Faculdade de Direito/UFRGS. Organização do Curso de Especialização em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais da UFRGS. No Prelo. p. 5.

⁷³⁵ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Décima oitava Câmara Cível. A.I. Nº 2005.002.26190. Relator: DES. MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES. Julgamento 14 fev. 2006.

⁷³⁶ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Décima oitava Câmara Cível. A.I. Nº 2005.002.26190. Relator: DES. MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES. Julgamento 14 fev. 2006. p. 93 dos autos – Ementa.

Também a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em Apelação Cível 2006.001.16305⁷³⁷, ajuizada contra o mesmo banco e julgada em 26.04.2006, considerou abusiva a prática dos descontos realizados diretamente no salário da consumidora, adotada pelo banco apelante. O tribunal valeu-se do instituto da lesão para considerar viciada a vontade da consumidora, bem como fez analogia com a impenhorabilidade dos salários, prevista no art. 649, IV do CPC, para, unanimemente, negar provimento à apelação do banco.

Na mesma época, vale mencionar a decisão interlocutória em Ação Civil Pública de número 2006.07.1.015598-0, julgado em 25.09.2006, e que merece leitura por parte de quem estuda este assunto, notadamente em contratos de crédito consignado celebrados com aposentados e pensionistas do INSS.⁷³⁸

Hoje já se percebe um crescente número de decisões limitando o montante consignado, a fim de preservar o mínimo existencial, bem como se têm ajuizado ações coletivas com este intuito. O próprio STJ já vem revisando sua orientação, vindo a adotar, recentemente, a posição do TJRS.⁷³⁹

Uam das últimas decisões que trouxeram inovações foi a que deu provimento ao agravo instrumento de número 2009.002.30311⁷⁴⁰, que admitiu o litisconsórcio passivo de doze credores em ação que buscava limitar o desconto em folha em trinta por cento do rendimento da autora. Assim, passa a ser possível, segundo a jurisprudência, o tratamento conjunto das dívidas do superendividado, assunto este que tornará a ser abordado mais

⁷³⁷ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Quinta Câmara Cível. Ap. Cív. N° 2006.001.16305. Relatora: DES. CRISTINA TEREZA GAULIA. Julgamento 25 abr. 2006.

⁷³⁸ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 24 a 26. Nota 82.

⁷³⁹ STJ, 5ª TURMA, RMS 21.380/MT, relator Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 30/08/2007 e p. em 15/10/2007, p. 300: “DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. CONSIGNAÇÃO EM FOLHA DE PAGAMENTO. LIMITE DE 30%. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Tendo em vista o caráter alimentar dos vencimentos e o princípio da razoabilidade, mostram-se excessivos, na hipótese, os descontos referentes às consignações em folha de pagamento em valor equivalente a 50% da remuneração líquida do recorrente, de modo que lhe assiste razão em buscar a limitação de tais descontos em 30%, o que assegura tanto o adimplemento das dívidas como o sustento de sua família. 2. Recurso ordinário provido.” SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Crédito consignado e superendividamento dos servidores públicos**: evolução da jurisprudência. Palestra proferida no Colóquio Internacional: Aspectos jurídicos da proteção dos consumidores: Comparações França – Brasil – Argentina, realizado nos dias 29 e 30 de maio de 2008, no salão nobre da Faculdade de Direito/UFRGS. Organização do Curso de Especialização em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais da UFRGS. No Prelo. p. 5.

⁷⁴⁰ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Quinta Câmara Cível. Agravo de Instrumento n° 2009.002.30311. Relator: Des. Tereza Cristina Gaulia. Julgamento em: 03 set. 2009.

adiante. Mister salientar a importância impar desta jurisprudência precursora que tanto tem ajudado na manutenção da dignidade dos devedores.

4.2 A massificação do acesso ao crédito e o superendividamento.

A massificação do acesso ao crédito a particulares⁷⁴¹, embora não seja o único⁷⁴², é o principal causador do superendividamento⁷⁴³ - notadamente o ativo inconsciente⁷⁴⁴, porque aumenta as chances de incumprimento ao transferir a obrigação de uma das partes para um momento futuro e, portanto, desconhecido -, por esta razão, mencionado várias vezes ao longo deste estudo.

Segundo Bruno Giancoli, Platão e Aristóteles já condenavam o crédito.

Aristóteles também condena a usura, porque ele a considera incompatível com a própria natureza da moeda. Esta não passa de uma convenção que tem por objetivo principal facilitar as trocas e ainda admite que ela poderia também servir como reserva de valores.

Através do pensamento aristotélico, é perfeitamente compreensível o ódio em relação ao empréstimo a juros. Por causa dele, justifica Aristóteles, a moeda tornou-se ela própria produtiva e se desviou do próprio objetivo que é facilitar as trocas⁷⁴⁵

Assim, nos dizeres de Aristóteles: “Dinheiro não gera dinheiro”.⁷⁴⁶

⁷⁴¹ Para uma análise mais aprofundada do crédito ao consumo sugere-se a leitura de CALAIS-AULOY, Jean. **Droit de la consommation**. - Paris: Dalloz, 1986. p. 318 a 359. Desde já alerta-se que foi utilizada a versão original de 1986, na língua original, porque a última edição, 7ª, de 2006, com Frank Steinmetz, não alterou substancialmente os trechos apontados neste trabalho.

⁷⁴² MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. V.

⁷⁴³ BRAUCHER, Jean. Book Review. WARREN, Elizabeth; TYAGI, Amelia Warren. **The two-income trap: why middle class mothers and fathers are going broke**. - In: Emory Bankruptcy Developments Journal, 2004. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 1. PEREIRA, Wellerson Miranda. Superendividamento e crédito ao consumidor: reflexões sob uma perspectiva de direito comparado. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 160. MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 260.

⁷⁴⁴ Adiante serão vistas as classificações do superendividamento.

⁷⁴⁵ GIANCOLI, Bruno Pandori. **O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 19.

⁷⁴⁶ GIANCOLI, Bruno Pandori. **O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 30.

Evidentemente é necessário que se faça uma leitura adaptada ao mundo de hoje, menos extremada, eis que tais filósofos são de um período pré-capitalista, mas de qualquer modo demonstram que a atenção ao mau emprego da força econômica já estava presente nos grandes pensadores gregos.

No Brasil, o acesso ao crédito fácil e a consequente cultura do crédito (*credit culture*)⁷⁴⁷ iniciaram-se em um modelo implementado nos anos trinta e consolidado nos sessenta, que tinha como objetivo criar um mercado consumidor em um país de extrema pobreza.⁷⁴⁸ Aos poucos, o pagamento parcelado foi se tornando um hábito, pois permite ascender a um nível de vida superior, postergando o esforço para tanto⁷⁴⁹, o que gera, na verdade, uma ilusão de êxito e de elevação do status.

Somente no ano de 2007, segundo reportagem publicada no jornal Zero Hora, os brasileiros pagaram R\$ 224 bilhões em juros. Segundo a matéria, de acordo com pesquisa do Instituto de pesquisas Fractal, 81,7% das pessoas com renda até R\$ 800,00 mensais – principais candidatos ao superendividamento – não sabia a quantidade de juros com que concordou em pagar, o que não é de se estranhar, pois em nosso sistema, somente quem conhece matemática financeira consegue calcular o juro que está pagando. Como afirma Celso Grisi, diretor da Fractal, para o consumidor pouco importa se pagou o dobro do preço por um bem, o que interessa é se a prestação cabe no orçamento do mês.⁷⁵⁰

Não se está afirmando que os bancos devam abdicar do objetivo de auferir lucro explorando o mercado financeiro. Afinal esse é o seu negócio. Os bancos cumprem, assim, um papel que lhes é reservado no sistema capitalista, como ocorre com outros agentes econômicos. O que se está defendendo é a necessidade de maior regulação do Estado que impeça o abuso do poder econômico, isto é, que a busca por lucro acabe causando danos à sociedade, do modo como vem ocorrendo.

⁷⁴⁷ RAMSAY, Iain. **Comparative Consumer Bankruptcy** – Symposium: Consumer bankruptcy and credit in the wake of the 2005 act. In: University of Illinois Law Review, 2007. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 1 e 2.

⁷⁴⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao Consumidor e Superendividamento – Uma problemática Geral. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 17, p. 57-64, 1996. p. 61.

⁷⁴⁹ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 88.

⁷⁵⁰ RITZEL, Lúcia. Movidos a crediário. **Zero Hora**, Porto Alegre, 13 abr. 2008.

Hoje, a sociedade de massas estabelece relações anônimas e despersonalizadas nas quais as pessoas são classificadas pela sua capacidade de consumir. Nos dizeres de Eduardo Galeano: “Dize-me quanto consumes e te direi quanto vales.” O crédito ao consumo permite que se adie o ônus e se antecipe o bônus como estímulo ao consumo.⁷⁵¹ Nos Estados Unidos, os doutrinadores identificaram que este fenômeno tem aparecido cada vez com mais frequência entre a classe média.⁷⁵² Para eles, a democratização do crédito (*democratization of credit*), decorrente de um alto volume de crédito disponível, explica este recorrente superendividamento das famílias de classe média⁷⁵³, pois esta é a principal consumidora desses serviços. Vale lembrar também que a classe média americana representa grande parte de sua população, enquanto em países como o Brasil, a maioria da população tem renda de classe baixa, pois o índice de pobreza é maior. Assim, grande parte da população com acesso ao crédito é pobre e de baixa instrução, o que aumenta as chances de superendividamento.

O hábito do uso do cartão de crédito⁷⁵⁴ e do limite da conta corrente fez com que o endividamento se tornasse um modo de vida⁷⁵⁵, prática esta de extremo risco, pois “Se é verdade que o crédito significa dispor imediatamente de rendimento que não se possui, permitindo, assim, antecipar a fruição de determinados bens, implica igualmente uma penhora

⁷⁵¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao Consumidor e Superendividamento – Uma problemática Geral. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 17, p. 57-64, 1996. p. 57.

⁷⁵² WARREN, Elizabeth. **A new conversation about the middle class**. In: Harvard Journal of Legislation, Winter, 2007. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 1.

⁷⁵³ BRAUCHER, Jean. Book Review. WARREN, Elizabeth; TYAGI, Amelia Warren. **The two-income trap: why middle class mothers and fathers are going broke**. - In: Emory Bankruptcy Developments Journal, 2004. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 1 e 9.

⁷⁵⁴ “A idéia do cartão de crédito surgiu depois de um vexame. Após jantar com convidados, em 1949, o norte-americano Frank McNamara deu-se conta de que deixara todo seu dinheiro em casa, em outro casaco. Prometeu a si mesmo que encontraria uma maneira de evitar tais constrangimentos. com amigos, fundou um clube – o Dinners Club – que permitia que, mediante identificação, jantassem em 27 restaurantes nova-iorquinos.” ZAVASCHI, Olyr. Cartão. **Zero Hora**, Porto Alegre, 27 jul. 2007, Almanaque gaúcho. p. 66. Para aprofundar-se na história do cartão de crédito ver o capítulo “The History of the Credit Card Industry”, em DANIEL, Tery Rebecca. **Improvident extension of credit as an extension of unconscionability: Discover Bank v. Owens and a debtor’s rights against credit card companies**. In: Cleveland State Law Review, 2006. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 5 e 6.

⁷⁵⁵ Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. **Endividamento e Sobreendividamento das Famílias Conceitos e Estatísticas para a sua Avaliação**. Disponível em: <http://www.oec.fe.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf_estudos_realizados/estudo_parte2%20cap_1.pdf> Acesso em: 09.07.2007. p. 20. Interessante salientar um aspecto levantado por este relatório que afirma que não se pode considerar como sendo fornecimento de crédito ao consumo, quando da realização de pesquisas estatísticas, todas as operações realizadas com o cartão de crédito, pois se deve distinguir quando ele é utilizado como mero meio de pagamento e quando efetivamente serve de crédito ao consumo, sob pena de “sobreevaliar o endividamento dos particulares.” Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. **Endividamento e Sobreendividamento das Famílias Conceitos e Estatísticas para a sua Avaliação**. Disponível em: <http://www.oec.fe.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf_estudos_realizados/estudo_parte2%20cap_1.pdf> Acesso em: 09.07.2007. p. 21.

de rendimento futuro, [...] obriga a um esforço acrescido de gestão e implica uma poupança forçada por parte das famílias, [...]”⁷⁵⁶, capacidades que nem sempre o consumidor detém haja vista sua vulnerabilidade.

Ainda mais perigoso à economia pessoal e à autossustentabilidade é o sistema de crédito ao consumo, que é fornecido em compras feitas em grandes lojas de departamento do ramo varejista que fornecem até mesmo cartões da própria loja, com créditos que devem ser gastos somente com produtos vendidos por ela. Nesses casos, a maior ameaça está em que o consumidor compra a prestações pensando que o vendedor é que está lhe fornecendo crédito, quando, na verdade, assina um contrato de concessão de crédito com uma financeira da qual muitas vezes não sabia nem o nome ou não imaginava ser parceira da loja vendedora. Passará a ser devedor de uma financeira a juros altíssimos sem perceber.⁷⁵⁷ E esse é o caso mais frequente de débito já que, segundo pesquisa apresentada por Rafaela Consalter, as lojas são os credores mais mencionados entre os superendividados.⁷⁵⁸

Em outra reportagem do jornal Zero Hora, intitulada “A loja virou banco”, lê-se que as redes de varejo abrigam miniagências que realizam operações de crédito mesmo fora do horário bancário. Para tanto, utilizam de diversas formas de financiamento como o cartão de crédito, o crédito direto ao consumidor, o cheque especial, o crédito pessoal e, pior, o crédito consignado. De acordo com levantamento do Banco Central, envolvendo 105 instituições financeiras, a taxa prefixada de crédito pessoal para pessoas físicas, considerando-se a taxa média efetiva (com encargos), cobrada pelas principais lojas é de: 4,96% nas Lojas Colombo (Bradesco), 5,83% nas Lojas Americanas (Banco Itaú), 4,84% no Ponto Frio e Magazine Luiza (Unibanco), 8,60% nas Lojas Renner (Banco Safra) e elevados 15,18% na C&A (Banco Ibi).⁷⁵⁹

⁷⁵⁶ MARQUES, Maria Manuel Leitão; FRADE Catarina. **Regular o Sobreendividamento**. Disponível em: <<http://www.gplp.mj.pt/home/conferencias/cire/Maria%20Manuel%20Leit%C3%A3o%20Marques.pdf>> Acesso em: 09.07.2007. p. 1.

⁷⁵⁷ GLANZ, Semy. Responsabilidade Civil das Instituições Financeiras pela Má Concessão de Crédito. **Revista da EMERJ**, n. 1-2, p. 105-114. Rio de Janeiro, 1998. p. 113. BERTONCELLO, Karen Rick Danilevich, LIMA, Clarissa Costa de. Tratamento do crédito ao consumo na América Latina e superendividamento. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 204.

⁷⁵⁸ Na ordem: Lojas (51), Bancos (45), Financeiras (36), Outros (26) e Supermercados (15). CONSALTER, Rafaela. **O Perfil do Superendividado no Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <http://www.adpergs.org.br/restrito/arq_artigos30.pdf> Acesso em: 09.07.2007. p. 7.

⁷⁵⁹ LEITE, Marçal Alves. A loja virou banco. **Zero Hora**, Porto Alegre, 8 jul. 2007, caderno Empregos e Oportunidades, Sua Renda. p. 6.

Interessante ressaltar que não se deve fazer diferença entre os fornecedores de crédito no que diz respeito à proteção do consumidor. Desde os bancos, até os comerciantes que vendem seus produtos a prestação, têm o dever de adotar os métodos que lhe são acessíveis para impedir o superendividamento e limitar a concessão de crédito a consumidores com capacidade de reembolso.

O parecer do Comitê Econômico e Social sobre o Superendividamento das Famílias da União Europeia já traz em seu texto essa equiparação: “2.5.1. A primeira respeita à igualização das condições de concorrência entre aqueles que outorgam créditos a particulares, desde as instituições de crédito a outros operadores financeiros e aos próprios comerciantes e prestadores de serviços nas vendas a prestações e a crédito”.⁷⁶⁰

A utilização do crédito fácil como atrativo deve responsabilizar todos os fornecedores. Assim, passam estes a dividir os prejuízos com o devedor falido, já que a concessão desmedida de crédito é o principal responsável pelo avanço dos casos de superendividamento.

O controle da moeda e da inflação, desde 1994, provocou sensação de tranquilidade para se endividar, levando os indivíduos a cada vez mais contraírem empréstimos bancários.⁷⁶¹ Heloisa Carpena⁷⁶², ao analisar os números dos empréstimos do ano de 2005, fornecidos pelo Banco Central, concluiu que há migração do crédito destinado à pessoa jurídica para o crédito destinado à pessoa física. Ou seja, o crédito destinado às atividades produtivas vem caindo, enquanto o montante direcionado ao crédito para o consumo vem aumentando.⁷⁶³

Quanto ao crédito ao consumidor, houve aumento do tipo consignado, modalidade de desconto direto da conta corrente, desde a aprovação e o incentivo desse tipo de contratação

⁷⁶⁰ Comitê Económico e Social sobre ao Sobreendividamento das Famílias – União Européia. **Boletim UE 7/8-2000 e Parecer**. Disponível em: <<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002IE0511:PT:HTML>> Acesso em: 09.07.2007. p. 3.

⁷⁶¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao Consumidor e Superendividamento – Uma problemática Geral. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 17, p. 57-64, 1996. p. 62.

⁷⁶² MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Uma lei para os consumidores superendividados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 76-89, jan/mar. 2007. p. 77.

⁷⁶³ Em 2007 os jornais americanos já anunciavam a crise. Uma matéria da Folha de São Paulo traduziu texto de Matthew Garrahan do Financial Times em Los Angeles alertava para crise de 2008, o que demonstra que ela foi bastante prevista e anunciada nos EUA. GARRAHAN, Matthew. Mutuários dos EUA já devem mais do que emprestam. **Folha de São Paulo**, Tradução de Luiz Roberto Mendes Gonçalves. São Paulo 18 ago. 2007.

pelo governo Lula⁷⁶⁴ que pretendia a redução dos juros. Ou seja, as instituições financeiras conseguiram que o salário dos trabalhadores e as pensões dos aposentados, impenhoráveis, se transformassem em garantidores do pagamento das dívidas contraídas em tais condições, isto é, praticamente bens penhoráveis.⁷⁶⁵ Este tipo de contratação aumentou o poder das instituições financeiras reembolsarem seus créditos sem preocupações com o mínimo existencial de seus devedores. Considerando que grande parte desses devedores são pensionistas e aposentados, pode-se perceber que uma camada débil da população vem sofrendo para sobreviver com o que sobra após o pagamento das parcelas devidas.⁷⁶⁶

[...] a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios de 2003 concluiu que 40% das famílias brasileiras são sustentadas por pessoas acima de 60 anos, sendo que 65% delas por idosos que ganham até dois salários-mínimos. O estado de especial vulnerabilidade dessa população é patente, e muitos idosos, apesar de contribuírem para a renda familiar, são coagidos pelos parentes a fazerem empréstimos e acabam se endividando com medo de perder o afeto ou o apoio de filhos e netos.⁷⁶⁷

Buscando impedir que toda ou grande parte da renda salarial dos indivíduos fosse descontada pelos créditos contraídos, algumas leis foram editadas no Brasil. Em âmbito federal, pode-se citar a LC 8.112/90 que, por meio do Dec. 6.386/2008, limitou a 30% o desconto em folha de servidor público, no art. 8º do mencionado decreto. Quanto aos empregados regidos pela CLT e aposentados e pensionistas do INSS, também a limitação ficou em 30% da renda mensal líquida, graças à Lei 10.820/2003.⁷⁶⁸ No estado do Rio Grande do Sul, pode-se citar a LC 10.098/1994 que, pelo Dec. 43.574/2005, estabelece limitação de

⁷⁶⁴ O estímulo do governo Lula se deu a todo tipo de crédito não apenas ao crédito consignado: “A política do estímulo ao crédito popular do governo Lula foi responsável por ampliar o consumo entre a população de baixa renda que absorveu cerca de 17 bilhões de reais ofertados no mercado. Entre 2005 e 2006, 2,15 milhões de famílias deixaram a classe de consumo D/E e passaram a integrar a classe C.” LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento.** Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 10.

⁷⁶⁵ José Reinaldo de Lima Lopes classifica de “proeza” esta possibilidade de considerar salários e pensões em “objetos penhoráveis” no prefácio do livro direitos do consumidor endividado. MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 6.

⁷⁶⁶ MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Uma lei para os consumidores superendividados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 76-89, jan/mar. 2007. p. 77 e 78. LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento.** Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 19. BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 22 e 23.

⁷⁶⁷ MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Uma lei para os consumidores superendividados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 76-89, jan/mar. 2007. p. 79.

⁷⁶⁸ art 1º, § 1º (empregados) e art. 6º, § 5º (aposentados e pensionistas).

70% em contratos celebrados por servidores públicos. Por fim, na seara municipal, pode-se citar a cidade de Porto Alegre que limita a 60% da remuneração mensal, o desconto em folha de servidor do município, através de art. 105 da LC 133/1985. Para regular o asseverado nesta lei, chamada de “Estatuto dos funcionários públicos do município de Porto Alegre”, foi editado o decreto 15.476, em 2007. Nele, é garantido ao mutuário 40% da base de cálculo, abatidos os descontos compulsórios, como título líquido a receber (art. 2º, §1º). Este decreto ainda traz, no art. 10, a possibilidade de que: “Os consignados que, tendo averbado valores relativos a empréstimos pessoais ou financiamentos e que somados com as demais consignações de outras naturezas, atingirem o valor reservado pelo § 1º do art. 2º deste Decreto, poderão buscar junto ao consignatário credor a ampliação dos prazos de amortização, visando a preservação do percentual de 40%, a título de líquido a receber.”

Tornando ao tema do superendividamento, diga-se que, em muitas dessas situações, o consumidor até percebe que poderá se superendividar, mas compulsoriamente se endivida “impelido pela necessidade. Seja necessidade real ou necessidade criada pelos costumes ou pela mídia.”⁷⁶⁹ O mercado moderno não busca produzir bens para serem utilizados, mas sim para serem comprados e, por isso, a inutilidade do bem deixa de ser fator negativo no momento da compra. Tanto a inutilidade pela desnecessidade (já possuo diversos ternos pretos, mas compro outro em função de uma liquidação) quanto pela impossibilidade de uso (compro um carro, mas não tenho dinheiro para a gasolina ou manutenção) não parecem ser empecilho para a compra, pois o que se busca é o próprio ato da compra, isto é, a satisfação de sair da loja com mais um terno preto ou de admirar na garagem o carro novo com a sensação de que se obteve uma conquista, embora haja dezenas de prestações a vencer.⁷⁷⁰ Eis o “fetiche de mercadoria”⁷⁷¹ de Marx. E não apenas pelo prazer, mas como um dever para atingir o sucesso pessoal. Está quase que “obrigado a gozar,” devendo buscar sempre a “maximização da existência”.⁷⁷²

⁷⁶⁹ OLIBONI, Marcella Lopes de Carvalho Pessanha. O Superendividamento do Consumidor Brasileiro e o Papel da Defensoria Pública: criação da comissão de defesa do consumidor superendividado. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 347.

⁷⁷⁰ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. O perfil do superendividamento: referências no Brasil. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 395.

⁷⁷¹ MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política**. apresentação de Jacob Gorender; coordenação e revisão de Paul Singer; tradução de Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. – São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. XXXVII.

⁷⁷² BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 80.

Além disso, há uma “nova ética do consumo na sociedade contemporânea”, para a qual, economizar é visto como despropósito (primeiro se satisfaz o desejo para só então trabalhar e arcar com o custo daquele).⁷⁷³ A ética da autocontenção foi substituída pela satisfação imediata dos anseios pessoais.

Isso tudo é fruto da adoção do hedonismo como filosofia de vida pelos indivíduos contemporâneos e pode ser identificado quando se percebe o culto ao prazer imediato, alimentado pela sociedade, e a repulsa ao mínimo desconforto. Conforme Costas Douzinas, a autorrealização é comumente ligada a essa “Nova Era e suas ideias simplistas (...)”.

No entanto, mais genericamente, as reivindicações de autenticidade, representadas por revistas de estilo de vida e pelo consumismo hedonista, a exortação para “ser você mesmo”, ser livre, não desistir de seus direitos, desejos, etc., são inautênticas e narcisistas. Elas produziram uma atmosfera ideológica na qual todas as políticas não-individualistas, desde o sistema tributário até a regulação do mercado, são definidas como limitações à liberdade e como restrições dos direitos, como os vestígios opressores da modernidade.⁷⁷⁴

O hedonista acredita nas reações naturais do seu corpo como indicativos dos erros e acertos de seus atos, seguindo a seguinte filosofia simplória: se gerou prazer, me faz bem, se causou sofrimento (do desconforto à dor), faz mal. John Rawls explica que o hedonismo é a busca pelo “bem”. Afirma que esta tese pode ser interpretada como aquela que entende que o único bem intrínseco é o sentimento de prazer, ou a que acredita que o único bem buscado pelos indivíduos é este. O hedonista defende que, para a vida fazer sentido, deve haver um objetivo dominante e que a única coisa que poderia figurar como tal é a sensação de prazer. Assim, determina seu “bem” calculando, entre os planos disponíveis, aquele que proporciona o máximo de prazer com o mínimo de sofrimento. E essa diferença será o critério para decidir todos os conflitos que sobrevierem no decorrer da execução do plano.⁷⁷⁵ E acrescenta o autor:

Certamente, preferir, acima de todas as coisas, um certo atributo do sentimento ou da sensação é tão desequilibrado e desumano quanto desejar acima de tudo a maximização de nosso poder sobre os outros ou de nossa riqueza material.

[...]

E também existe o fato de que há diferentes tipos de sentimentos agradáveis, que, assim como as dimensões quantitativas do prazer, a intensidade e a duração, não

⁷⁷³ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. O perfil do superendividamento: referências no Brasil. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 385.

⁷⁷⁴ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**; Tradução Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. (Coleção Díke). p. 325.

⁷⁷⁵ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Coleção justiça e direito) p. 617 a 619.

podem ser comparados entre si. Como devemos ponderar esses elementos quando eles entram em conflito? Devemos preferir a experiência prazerosa breve, mas intensa, de um tipo de sentimento em vez da experiência menos intensa, porém mais longa, de um outro? Aristóteles diz que o homem bom, se necessário, renuncia à vida por seus amigos, já que prefere um período curto de prazer intenso a um período longo de satisfação moderada, um ano de vida nobre a muitos anos de existência enfadonha. Mas como ele decide isso?⁷⁷⁶

Ou seja, a adoção desse expediente como tese de direção da vida leva a distorções, como a irresponsabilidade quando da análise dos riscos para a obtenção de um prazer. Para este indivíduo, nada parece ser obstáculo para o prazer da compra, por exemplo, o que provavelmente o levará ao superendividamento.

Aristóteles apresenta resposta ao pensamento hedonista ao trazer belos ensinamentos sobre a ponderação do prazer e da dor na vida. Afirma que somente o perfeito conhecimento sobre o que é bom e ruim e sua associação com o prazer e a dor, respectivamente, faria com que se pudesse obedecer a estes sentimentos, quando das escolhas:

O prazer ou a dor que sobrevêm aos atos devem ser tomados como sinais indicativos de nossas disposições morais. Com efeito, o homem que se abstém dos prazeres do corpo e se alegra com a própria abstenção é temperante; em contraste, o homem que se aborrece com isso é intemperante; e quem enfrenta coisas temíveis e sente prazer em fazê-lo, ou, pelo menos, não sofre com isso, é corajoso, ao passo que o homem que sofre quando enfrenta coisas temíveis é covarde. Com efeito, a excelência moral relaciona-se com prazer e sofrimento; é por causa do prazer que praticamos más ações, e por causa do sofrimento que deixamos de praticar ações nobres. Por isso, como diz Platão, deveríamos ser educados desde a infância de maneira a nos deleitarmos e sofrermos com as coisas certas; assim deve ser a educação correta.⁷⁷⁷

Alterando o foco da análise, pode-se perceber que a busca pelo prazer tem raízes psicológicas mais profundas, de acordo com Sigmund Freud e Jacques Lacan:

Segundo a estrutura edipiana de Freud, o sujeito passa a existir com a intervenção do pai que perturba a díade mãe-criança ao proibir o desejo da criança pela mãe. O 'retorno a Freud', de Lacan, interpreta essa 'repressão primária' em termos lingüísticos. O vínculo primitivo entre a mãe e a criança é rompido, e o sujeito passa a existir ao inscrever-se no ordenamento simbólico, tipicamente uma combinação de linguagem e lei. O simbólico separa a criança do corpo maternal, 'castra-a', e essa separação imprime no Eu a perda, a ausência e a falta. Esta falta é parcialmente manejada a partir da identificação da criança com significantes com palavras e imagens.⁷⁷⁸

⁷⁷⁶ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Coleção justiça e direito) p. 619 e 620.

⁷⁷⁷ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005. p. 43.

⁷⁷⁸ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**; Tradução Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. (Coleção Díke). p. 307.

O “pequeno objeto a”, de Lacan, seria um resto do vínculo primitivo ao qual o indivíduo retorna constantemente, visando superar a separação e a falta. Este objeto assume as formas mais variadas, tais como:

[...] apegos fetichistas, um carro esporte, um trabalho melhor, maior reconhecimento do acadêmico pelo grupo de pares. Contudo, a realização da fantasia não sacia o desejo; ele imediatamente se apega a um novo objeto, um carro ainda mais veloz ou novas promoções *ad infinitum*. A causa do desejo é interminável, o ingresso no Real é impossível e barrado; o pequeno objeto é sempre protelado, não tem nome algum porque não se refere a uma necessidade ou demanda específica, mas a algo mais ou diferente do objeto: o desejo de se tornar completo novamente ou de ser totalmente amado pelo Outro de uma maneira que preencheria a falta.

[...]

Assim, o pequeno objeto ‘preenche a falta, a separação que atravessa o sujeito após a castração, mas, por outro lado, o objeto *a* impede qualquer objeto de realmente preencher a falta.’ [...] As identificações imaginárias com objetos e ideais são tentativas fracassadas de negar a morte.⁷⁷⁹

Dessa forma, é da natureza humana buscar o desejo e o gozo, mas isso deve ser freado pelo princípio de realidade, pois viver para o prazer leva o indivíduo a desejar mais prazer e afastar-se da realidade para viver em um mundo lúdico. Ocorre que, segundo a psicanálise, principalmente a doutrina Lacaniana, o prazer está intimamente ligado à morte.

Conforme o mencionado psicanalista:

O desejo como exigência de reconhecimento, é uma demanda da erótica persistente e instável a ser desejada na qualidade de sujeito. O objeto do desejo é um objeto falho, a pura negatividade de um sujeito que deseja a si mesmo e não pode ser satisfeito por objetos, pois eles são o que o sujeito não é e o que o desejo necessita. (...) O Desejo não busca a satisfação, mas a sua própria continuação, o continuar desejando. Mas se o desejo deseja a si mesmo como desejo ou como sujeito, ele deseja não ser um objeto, ele deseja não ser, é um desejo da morte.⁷⁸⁰

Assim, para transformar o princípio de prazer em princípio de realidade, os indivíduos devem passar da satisfação imediata, à mediata; do júbilo (prazer), ao esforço (trabalho); da receptividade, à produtividade e, da ausência de repressão, à segurança. Não se trata de uma substituição, mas de uma ponderação.

Para isso, é necessário que a lei limite a liberdade e reprima os desejos de prazer total, que afrontem os desejos da sociedade por invadirem os desejos dos outros. Segundo Freud:

⁷⁷⁹ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**; Tradução Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. (Coleção Díke), p. 313 e 314.

⁷⁸⁰ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**; Tradução Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 312.

“A liberdade não é uma dádiva da civilização e era muito maior, embora inaplicável e impraticável, antes da interferência da lei. O desejo de liberdade é um sinal de nostalgia da humanidade por essa personalidade não-domesticada original. (...) A lei é a primeira e mais poderosa arma na tentativa da civilização de refrear a satisfação dos instintos e desejos.”⁷⁸¹
Ser civilizado é opor-se aos instintos primitivos.

Evidentemente a repressão deve ser moderada sob pena de se sofrer com a imposição dos desejos do Estado pela lei, isto é, o totalitarismo. Tal sistema leva ao uso da violência legal, da agressão legitimada, proveniente da “incapacidade da lei de resolver conflitos em uma sociedade sem sentimentos comuns e laços afetivos”⁷⁸².

Isso também se aplica à regulação do superendividamento. A lei deve impedir que se explorem os falidos na busca do desejo por lucro e que se exija dele mais do que pode dar, pelo desejo de adimplemento do credor, mas, ao mesmo tempo, deve deixar claro que não se pode ignorar a obrigatoriedade dos pactos, que continua sendo a regra, pelo simples querer do devedor. Está se tratando da flexibilização do *pacta sunt servanda* nos casos específicos e excepcionais em que a exigência do cumprimento gere uma injustiça ou uma agressão aos direitos humanos. É bom repetir que o *pacta sunt servanda* deve continuar sendo a regra, do contrário, a função social do contrato se sobreporia à econômica o que é grave, pois o objetivo do direito moderno adequado à social-democracia é, justamente, balancear essas duas faces. O simples desejo injustificado, obviamente, jamais será motivo para a revisão.

Não cabe aqui ratificar a posição de Lacan no sentido de que o desejo descontrolado leva à morte, mas, sem dúvida, pode-se afirmar que leva ao superendividamento. Desde que reconhecido, tal fenômeno social tem mostrado suas consequências nefastas, porém inerentes à sociedade de consumo, eis que o incentivo ao consumismo antes mesmo da obtenção de recursos para tanto, leva, inexoravelmente, a um desajuste na economia pessoal dos consumidores. “Trata-se de fenômeno que é fruto da sociedade de massas, onde o consumo é

⁷⁸¹ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**; Tradução Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 305.

⁷⁸² DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**; Tradução Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 306.

cada vez mais incentivado, através de publicidades agressivas, geradoras de falsas necessidades.”⁷⁸³

A sociedade esquece que o contrato de crédito é um risco para ambos os contratantes não apenas porque depende do futuro, mas porque se presta a abusos. “de um lado, o não pagamento; de outro, a exigência de uma remuneração exorbitante ou a prática de penalidades excessivas impostas no caso de inadimplemento.”⁷⁸⁴

Ademais, além de ser um problema econômico-financeiro, o superendividamento é hoje um fator de exclusão social.⁷⁸⁵ Sobre isso, explica Eugênio Facchini Neto:

Como afirmou Ralph Dahrendorf, a globalização está associada à exclusão social. Uma parte significativa da população parece ter perdido todo contato com a esfera da cidadania. Trata-se dos “marginalizados sociais”. “Em suma, ‘certas pessoas simplesmente não servem: a economia pode crescer mesmo sem a sua contribuição; por qualquer perspectiva que sejam considerados, não constituem, para o restante da sociedade, um benefício, mas um custo. E à medida que se expande o neoliberalismo, que anima a globalização, seu número é sempre maior’.”⁷⁸⁶

Esta exclusão acarreta efeitos funestos como a depressão, o rompimento da vida familiar, dramas psicológicos, entre tantos outros⁷⁸⁷, pois, como aduz George Bernard Shaw: “A falta de dinheiro é a raiz de todos os males.” Muito disso em função do receio que os devedores superendividados têm de que sua moral seja questionada e condenada publicamente. “the extremely high rate of bankruptcy was not only a troubling economic question but a deeply painful dilemma of public morality.”⁷⁸⁸

⁷⁸³ CASADO, Márcio Mello. Os Princípios Fundamentais como Ponto de Partida para uma Primeira Análise do Sobreendividamento no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 131.

⁷⁸⁴ GIANCOLI, Brunno Pandori. **O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 14.

⁷⁸⁵ MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Uma lei para os consumidores superendividados. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 61, p. 76-89, jan/mar. 2007. p. 77. MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 303.

⁷⁸⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 24.

⁷⁸⁷ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 20.

⁷⁸⁸ “a elevada taxa de falência, não era apenas uma questão econômica, mas sim um dilema profundamente doloroso da moralidade pública.” (tradução livre) WEISS, Barbara. **The Hell of the English: Bankruptcy and the Victorian Novel** 23 (1986) Apud RAMSAY, Iain. **Comparative Consumer Bankruptcy** – Symposium:

Embora muitos ainda hoje os vejam como “vigaristas” porque não cumprem suas obrigações, a verdade é que os devedores de boa-fé sofrem com o problema e não se aproveitam dele, como bem aponta o escritor latino, da Roma antiga, Publílio Siro (85 a.C. – 43 a.C.): “As dívidas, para o homem honesto, são uma servidão amarga.” Esse sentimento mantém-se forte nos superendividados de boa-fé.

Autores trazem entrevistas com superendividados e descrevem o drama enfrentado por tais pessoas.⁷⁸⁹ Os relatos apresentam indivíduos com imensa sensação de vergonha e frustração, há “enorme confusão e falta de clareza discursiva, combinada com certa apatia na voz e nos movimentos, choro frequente e expressão de cansaço e desânimo. Quase todos procuravam justificar-se, evidenciando claramente sentimentos de culpa e de vergonha.”⁷⁹⁰

Após os relatos, os superendividados afirmam com certa convicção que pretendem reajustar sua vida financeira⁷⁹¹ e que têm o direito de serem ajudados, pois não se encontravam naquela situação por dolo ou má-fé. Perderam-se em sua gestão financeira por um drama da vida ou por uma irresponsabilidade própria de quem não tem conhecimento algum sobre administração do orçamento. A dificuldade em dar sequência cronológica aos fatos (datas da contratação dos créditos, dos vencimentos das prestações, dos eventos e acidentes da vida), precisar valores dos créditos e número de credores demonstra a despreocupação com o superendividamento que tinham quando ainda não sofriam com suas consequências.

A tomada de decisão, muitas vezes, não segue a perfeita racionalidade, pois é limitada pelo conhecimento daquele que toma a decisão e manifesta sua vontade neste sentido. A incerteza e o risco levam ao julgamento, baseado em probabilidades ancoradas nos saberes pré-constituídos do decisor, que vai se valer das chamadas *heurísticas* para reduzir o tempo e a complexidade da decisão que deve ser tomada naquele instante. Mesmo porque não só não

Consumer bankruptcy and credit in the wake of the 2005 act. In: University of Illinois Law Review, 2007. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 13. Nota FN4.

⁷⁸⁹ Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. **O Sobreendividamento em Portugal**. Disponível em: <http://www.oec.fe.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf_estudos_realizados/sobreend.pdf> Acesso em: 09.07.2007.

⁷⁹⁰ FRADE, Catarina, MAGALHÃES, Sara. Sobreendividamento, a outra face do crédito. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 27.

⁷⁹¹ Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. **O Sobreendividamento em Portugal**. Disponível em: <http://www.oec.fe.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf_estudos_realizados/sobreend.pdf> Acesso em: 09.07.2007. p. 32.

há como fazer um estudo aprofundado a cada escolha feita na vida do indivíduo, como em muitas situações a própria capacidade mental humana encontra limitações. O que a Psicologia Cognitiva chama de *juízo* é a avaliação das alternativas e a escolha com base nas denominadas *ancoragem*⁷⁹² e *ajustamento, disponibilidade*⁷⁹³ e *representatividade*.⁷⁹⁴ Ocorre que, em muitos casos, as certezas que servem de premissa para a decisão ou não estão corretas, ou estão incompletas.

Segundo Maule e Hodgkinson (2002), o ponto de partida para as teorias sobre juízo e tomada de decisão é o fato de que as pessoas têm capacidade limitada para o trabalho mental. Para lidar com um mundo complexo e marcado por rápidas mudanças, as pessoas desenvolveram modos simples de raciocinar. No que tange ao juízo e tomada de decisão, as heurísticas assumem o papel de simplificar o processamento cognitivo que envolve julgar alternativas sob incerteza.

Plous (1993) chama a atenção para o fato de que os decisores não têm domínio da racionalidade, como propõe a teoria da escolha racional advinda das Ciências Econômicas. Essa impossibilidade de domínio da racionalidade se deve ao fato de que as informações sobre as alternativas de dada tarefa decisória são freqüentemente perdidas ou incertas. Além disso, a percepção é seletiva e a memória é sujeita a vieses, bem como os resultados atribuídos às alternativas podem ser erroneamente considerados, e a comparação de todas as opções seria possível somente com auxílios de memória, tendo em vista a enorme demanda mnemônica exigida para essa tarefa.

⁷⁹² “Em diversos estudos, o processo de ancoragem é iniciado com a solicitação explícita para que as pessoas comparem o valor da âncora com o valor alvo. Por exemplo, em um clássico estudo de Tversky e Kahneman (1974), foi solicitado que as pessoas estimassem a porcentagem de países africanos nas Nações Unidas e o grupo que recebeu o número 10 como âncora inicial (obtido por meio de uma “roda da fortuna”) estimou em 25% em média, enquanto que o grupo que recebeu o número 65 como valor inicial teve uma estimativa média de 45%. (...) A ancoragem ocorre, também, quando o indivíduo baseia sua estimativa no resultado de um cálculo incompleto. Em outro estudo de Tversky e Kahneman (1974), foi solicitado que um grupo de alunos fizessem uma estimativa, dentro de cinco segundos, do produto de $8 \times 7 \times 6 \times 5 \times 4 \times 3 \times 2 \times 1$, enquanto que outro grupo deveria estimar, no mesmo intervalo de tempo, o produto de $1 \times 2 \times 3 \times 4 \times 5 \times 6 \times 7 \times 8$. A média estimada na primeira seqüência foi 2.250, enquanto a média estimada para a segunda foi 512. O resultado dos primeiros passos de multiplicação serviu como âncora para a estimativa final dos dois grupos. Embora a heurística de ancoragem e ajustamento possa ser freqüentemente útil em julgamentos e decisões, uma vez que possibilita uma economia de tempo e não demanda tanto esforço cognitivo, também pode levar a vieses. O juízo pode ser enviesado em direção a uma âncora irrelevante (como, por exemplo, um número arbitrário fornecido pelo pesquisador).” TONETTO, Leandro Miletto et al. O papel das heurísticas no juízo e na tomada de decisão sob incerteza. **Estudos de Psicologia**. Campinas, 23 (2), abr./jun. 2006. p. 183-184.

⁷⁹³ “Experiências anteriores e informações acerca do fato são avaliadas de maneira vívida pela nossa mente, o que causa uma espécie de artifício cognitivo ou construção mental que chamamos de disponibilidade. A disponibilidade é um dos fenômenos mais frequentes das heurísticas. Assim, se pedirmos para um grupo de pessoas estimar o grau de violência de sua cidade, por exemplo, muito provavelmente, as pessoas que já tiverem sido assaltadas, que já passaram por algum evento relacionado à violência urbana ou mesmo que tenham assistido a uma reportagem televisiva sobre o assunto irão avaliar o risco de agressão como sendo mais intenso do que aquelas que não tiveram nenhum tipo de experiência negativa nesse sentido.” TONETTO, Leandro Miletto et al. O papel das heurísticas no juízo e na tomada de decisão sob incerteza. **Estudos de Psicologia**. Campinas, 23 (2), abr./jun. 2006. p. 185.

⁷⁹⁴ “De acordo com esse princípio heurístico, é conferida alta probabilidade de ocorrência a um evento quando esse é típico ou representativo de um tipo de situação. Essa representatividade, por sua vez, é determinada pela grande similaridade de um evento específico com a maioria dos outros de uma mesma classe. Em suma, a probabilidade de ocorrência de um evento é avaliada pelo nível no qual ele é similar às principais características do processo ou população a partir do qual ele foi originado.” TONETTO, Leandro Miletto et al. O papel das heurísticas no juízo e na tomada de decisão sob incerteza. **Estudos de Psicologia**. Campinas, 23 (2), abr./jun. 2006. p. 186.

Nesse sentido, o presente artigo explora questões como as seguintes: Como as pessoas formulam pensamentos e posicionamentos como “Eu penso que...” ou “As chances são...”? O que determina essas crenças? Como os decisores estimam probabilidades de fatos incertos e valores de quantidades incertas?⁷⁹⁵

O ajustamento insuficiente decorre das imperfeições próprias da recuperação de informações. Quando ela é feita de modo a recuperar dados que formem uma premissa errada, o uso da heurística levará a uma decisão errada. Assim, “De acordo com Tversky e Kahneman (1974), em algumas situações, a facilidade com que um determinado fato é lembrado ou imaginado pelo indivíduo pode determinar uma hiper ou subestimação da probabilidade ou frequência desse evento ocorrer. Dessa forma, as pessoas julgam essa probabilidade pela facilidade de evocar exemplos em suas memórias.”⁷⁹⁶

Essas probabilidades subjetivas têm função determinante nas tomadas de decisões, eis que as pessoas costumam valer-se das heurísticas em detrimento das leis de chance.⁷⁹⁷ Pode-se afirmar que “[...] essa substituição das leis de probabilidade por heurísticas é percebida pelo indivíduo como confiável e segura, uma vez que leva a estimativas razoáveis em muitas situações. Esse fato favorece o uso sistemático desses atalhos cognitivos, dificultando, conseqüentemente, sua futura eliminação.” A supressão da lógica leva a uma limitação da racionalidade crônica, pois algumas vezes o resultado da escolha por meio das heurísticas pode levar a resultados satisfatórios levando o indivíduo a retornar a esses atalhos mentais, quando da tomada de novas decisões.

É claro que, apesar dos erros a que tais atalhos podem levar, não há como viver sem as heurísticas sem que a vida se resume a avaliar opções, até mesmo porque a memória pode auxiliar na escolha, principalmente no mundo moderno e acelerado em que julgamentos têm de ser tomados em segundos. O que torna perigoso o uso das heurísticas é a convicção absoluta em fatos muitas vezes errôneos, assim, para o uso correto desses mecanismos é necessário, sempre que se estiver diante de uma decisão relevante ou complexa, ponderar os “achismos”, frutos de sugestões prévias com dados concretos e confiáveis, desconsiderando dados exageradamente altos ou baixos, provenientes de fontes não seguras (mesmo

⁷⁹⁵ TONETTO, Leandro Miletto et al. O papel das heurísticas no julgamento e na tomada de decisão sob incerteza. *Estudos de Psicologia*. Campinas, 23 (2), abr./jun. 2006. p. 182-183.

⁷⁹⁶ TONETTO, Leandro Miletto et al. O papel das heurísticas no julgamento e na tomada de decisão sob incerteza. *Estudos de Psicologia*. Campinas, 23 (2), abr./jun. 2006. p. 184.

⁷⁹⁷ TONETTO, Leandro Miletto et al. O papel das heurísticas no julgamento e na tomada de decisão sob incerteza. *Estudos de Psicologia*. Campinas, 23 (2), abr./jun. 2006. p. 186.

experiências próprias, pois se o indivíduo for a exceção, sua amostra não será confiável), similaridade equivocada entre eventos, etc., a fim de reduzir as limitações cognitivas do ser humano. Todavia, não há como – e nem seria proveitoso – abandonar as heurísticas, pois é da natureza humana valer-se do passado para aperfeiçoar o presente.⁷⁹⁸

No que tange à decisão de consumir, o que move o consumidor a comprar sem a verificação prévia da situação financeira é a sensação de otimismo, de modo a descomprometê-lo com um cuidado maior na contratação a crédito. Mantém um pensamento no sentido de que “se Deus quiser vai dar tudo certo porque eu sou uma pessoa boa” e quando percebe que está em enormes dificuldades de saldar suas dívidas, pede socorro, tomado de sentimento de culpa. Este “pensamento positivo” acarreta uma falsa impressão de controle.⁷⁹⁹

Para Ron Harris e Einat Albin, o otimismo – definido como “the belief people have that negative life events that could influence their ability to repay the loan will not happen to them”⁸⁰⁰ – provoca uma previsão exagerada de eventos positivos e do controle, em caso de eventos negativos, bem como o desprezo, a rejeição à ocorrência destes eventos negativos. Isto é, “The under-prediction of negative events and the over-prediction of positive events, or the over-appreciation of control over negative events, fits the causes of bankruptcy remarkably well.”⁸⁰¹

Jason Kilborn afirma que cientistas que estudam o comportamento humano concluíram que a superconfiança está presente na maioria dos indivíduos que

⁷⁹⁸ TONETTO, Leandro Miletto et al. O papel das heurísticas no julgamento e na tomada de decisão sob incerteza. *Estudos de Psicologia*. Campinas, 23 (2), abr./jun. 2006. p. 187-188.

⁷⁹⁹ HARRIS, Ron; ALBIN, Einat. **Bankruptcy in light of manipulation in credit advertising – Personal Bankruptcy in the 21st Century: Emerging Trends and New Challenges**. In: *Theoretical Inquires in Law*, July 2006. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 1.

⁸⁰⁰ “a crença que as pessoas têm de que acontecimentos negativos na vida que podem influenciar a sua capacidade para reembolsar o empréstimo não vão acontecer com elas” (tradução livre) HARRIS, Ron; ALBIN, Einat. **Bankruptcy in light of manipulation in credit advertising – Personal Bankruptcy in the 21st Century: Emerging Trends and New Challenges**. In: *Theoretical Inquires in Law*, July 2006. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 7.

⁸⁰¹ A sub-predição de eventos negativos e o excesso de previsão de eventos positivos, ou a supervalorização do controle sobre eventos negativos, se encaixa notavelmente bem nas causas de falência. (tradução livre) HARRIS, Ron; ALBIN, Einat. **Bankruptcy in light of manipulation in credit advertising – Personal Bankruptcy in the 21st Century: Emerging Trends and New Challenges**. In: *Theoretical Inquires in Law*, July 2006. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 3.

sistematicamente avaliam o risco de determinada situação, baseados em dados disponíveis através da memória.⁸⁰²

A ponderação entre o benefício momentâneo e o risco de fracasso é feita de modo inexato, avaliando sua suscetibilidade ao risco por meio do otimismo, fiando-se no “Não vai acontecer comigo”, “posso dar um jeito” ou “as coisas vão melhorar”. Esse comportamento é intrínseco ao ser humano que se comporta, segundo Kilborn, de acordo com três fatores: frequência, novidade e importância. Por isso, se recentemente houve a queda de um avião, ainda que os riscos sejam os mesmos – ou até menores já que a atenção daqueles que trabalham com isso será redobrada – as pessoas tendem a não se utilizar deste meio de transporte por um tempo. E não há argumento racional - tal como comprovar matematicamente que a proporção de acidentes fatais no trânsito é maior - que altere o comportamento daquele indivíduo. Somente quando os meios de comunicação e as pessoas de seu convívio pararem de comentar a respeito do assunto, sua avaliação do risco mudará.

A proximidade do evento danoso também é fator que muda o comportamento, por isso, enquanto não chegar ao seu conhecimento a ocorrência de um evento negativo próximo, subestimar o risco de sua ocorrência. Assim, ainda que diariamente a imprensa noticie o aumento no número de acidentes envolvendo motocicletas, enquanto um determinado motociclista não presenciar um acidente, não considerará os riscos que seu meio de transporte possui. Ainda que o fato de ter visualizado um acidente em nada tenha aumentado o risco de se acidentar.

A importância daquele determinado objeto também é componente alterador do comportamento. Por esse motivo, os fumantes desconsideram o risco de câncer pulmonar, já que um cigarro, naquele momento, não parece expressivo o suficiente para superar o prazer que ele causa ao fumante, fazendo com que, ao ponderar benefício e risco, o fumante opte pelo benefício. É por isso que uma única compra a prazo parece inofensiva.

Somos bombardeados muito mais por informações a favor da compra do que contra. A imprensa, vez que outra, noticia uma crise de liquidez, aumento dos níveis de insolvência e

⁸⁰² KILBORN, Jason. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 72-73.

casos de dramas pessoais de quem não consegue superar suas dívidas. Por outro lado, a publicidade injeta recordações no sentido de que se pode pagar em suaves prestações, a começar em data muito distante, com liquidações imperdíveis, incutindo sensações de inexistência de perigo que são consideradas quando da análise do risco da compra.

Portanto, os cientistas citados por Kilborn confirmam o que é notório: os indivíduos supervalorizam benefícios e riscos imediatos e desvalorizam benefícios e riscos futuros. Ambos os sentimentos estão presentes em uma compra a prazo, pois se obtém a vantagem imediata (compre agora) com um custo futuro (pague depois). É necessária uma enorme força de vontade para abandonar uma atividade de risco que traz prazeres imediatos.⁸⁰³

Atingidos por tal comportamento e, ao perceberem que sofrem do fenômeno social do superendividamento, os indivíduos apresentam, segundo Catarina Frade e Sara Magalhães, “enorme fragilidade emocional e uma oscilação notável entre desalento e sentimento de fracasso, por um lado, e uma certa esperança de recuperação da normalidade e do controle, por outro.”⁸⁰⁴ As mesmas autoras ressaltam o aumento dos conflitos entre os casais⁸⁰⁵ e a sensação de culpa e vergonha em relação aos filhos. A grande maioria dos superendividados busca esconder a situação de seus descendentes, face ao sentimento de fracasso na liderança do núcleo familiar.⁸⁰⁶ As crianças e os adolescentes raramente têm noção das proporções da catástrofe que assola as finanças de sua família, pois muitos pais buscam preservá-los de todo o drama. Para lidar com isso, mantêm os consumos para os filhos, ainda que isso signifique

⁸⁰³ KILBORN, Jason. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 67 a 78.

⁸⁰⁴ FRADE, Catarina, MAGALHÃES, Sara. Sobreendividamento, a outra face do crédito. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 27.

⁸⁰⁵ FRADE, Catarina, MAGALHÃES, Sara. Sobreendividamento, a outra face do crédito. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 32.

⁸⁰⁶ E, diga-se, o superendividamento não é um problema individual, mas familiar, pois quase sempre atinge de alguma forma os familiares do insolvente. Segundo pesquisa realizada no Rio Grande do Sul, apenas 12% dos superendividados entrevistados eram sozinhos (MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 304.) e segundo pesquisa realizada no Rio de Janeiro, 45% dos entrevistados têm três ou mais dependentes (CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. O perfil do superendividamento: referências no Brasil. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 389 e 390.) Portanto, a insolvência do chefe de família atingirá diretamente indivíduos que não são partes nas relações de crédito que o levaram ao superendividamento.

uma redução brutal nos gastos consigo. Passam a viver silenciosamente de forma indigna para esconder o endividamento excessivo da família, passando a diminuir o consumo de bens essenciais como alimentação, medicamentos, etc. Quando a informação chega aos filhos, buscam justificar-se, eximindo-se da responsabilidade, buscando encontrar culpados: os credores, a sociedade, o mercado, o Estado, as instituições, o empregador, a política de crédito, etc., quase que tentando se convencer disso, ainda que deixem transparecer de modo inconsciente que sabem possuir a culpa principal.⁸⁰⁷

O mesmo ocorre com os amigos. Enquanto podem, os superendividados tentam encobrir sua situação financeira, tentam aparentar normalidade, o que aumenta a angústia desses indivíduos. Contudo, alguns não suportam o fingimento e, sem conseguir assumir seu fracasso financeiro, não veem solução, senão afastar-se dos amigos, o que os leva à marginalização social. Essa marginalização pode ser decorrente do estado emocional que o leva ao isolamento ou da própria situação financeira que não permite a manutenção de gastos com os antigos padrões de lazer.⁸⁰⁸

Com isso bloqueiam todo tipo de apoio emocional que poderia vir de seus círculos de confiança. Impedem qualquer solidariedade por acreditar que a assunção de sua condição demonstraria fraqueza e incompetência.⁸⁰⁹

Assim, além de problemas financeiros naturais do débito pendente, o superendividado sofre com dramas psicológico-emocionais, familiares e sociais que o levam desde o alcoolismo⁸¹⁰ até, em casos mais graves, ao suicídio. Até a criminalidade está associada com o superendividamento e o consumismo, e não apenas nos crimes famélicos, mas mesmo antes de se superendividar. O desejo pelos objetos oferecidos pela mídia, aliados à impossibilidade

⁸⁰⁷ FRADE, Catarina, MAGALHÃES, Sara. Sobreendividamento, a outra face do crédito. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 28 e 29.

⁸⁰⁸ FRADE, Catarina, MAGALHÃES, Sara. Sobreendividamento, a outra face do crédito. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 29 e 30.

⁸⁰⁹ FRADE, Catarina, MAGALHÃES, Sara. Sobreendividamento, a outra face do crédito. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 29.

⁸¹⁰ Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. **Endividamento e Sobreendividamento das Famílias Conceitos e Estatísticas para a sua Avaliação**. Disponível em: <http://www.oec.fe.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf_estudos_realizados/estudo_parte2%20cap_1.pdf> Acesso em: 09.07.2007. p. 5.

de aquisição de uns, e o esbanjo de outros, fruto da desigualdade social, gera a onda de crimes que se está presenciando.

Por isso, o superendividamento é um problema multidisciplinar, que implica efeitos a serem tratados por economistas, médicos, psicólogos, mediadores, juristas, sociólogos, antropólogos, assistentes sociais, etc. O círculo vicioso das dívidas deve ser tratado desde a parte financeira até a autoestima do superendividado, a fim de mantê-lo integrado à vida em sociedade. Por este motivo, países como Finlândia, Noruega e Bélgica já vêm utilizando equipes multidisciplinares ou assessores especializados no tratamento deste fenômeno social.⁸¹¹

Tal angústia é a retratada na brilhante obra literária de Dyonelio Machado, intitulada “Os ratos”, que relata a angustiante realidade de um superendividado. A história se passa em vinte quatro horas – prazo que lhe havia concedido o leiteiro para pagamento de uma dívida cobrada de maneira vexatória, em frente aos vizinhos - e relata a aflição do personagem Naziazeno, que vai enlouquecendo e definhando à medida que não consegue obter o montante necessário para quitar o seu débito. Pede ao diretor da repartição pública onde trabalha, ao amigo Alcides, que lhe sugere cobrar de seu devedor, e finalmente consegue um pouco com um colega que lhe empresta algum valor para almoçar. Ao invés disso, arrisca o dinheiro que conseguiu em um cassino e perde o pouco que tinha. Quanto mais o protagonista busca o montante de que necessita, mais se rebaixa, perdendo sua dignidade ao longo da trama. Por diversas vezes humilhado, Nazazieno se encontra com Alcides e um amigo malandro, Duque, que está com Dr. Molina. Eles, então, conseguem recuperar a penhora de um anel de bacharel de Alcides. Ao final, Naziazeno consegue, com os valores da penhora, pagar o leiteiro, mas exausto cai no sono e tem um pesadelo em que ratos roem o suado dinheiro que obteve. O autor transmite com perfeição a agonia daquele simples homem da periferia da Porto Alegre dos anos trinta, descrevendo o drama do superendividamento, criticando aqueles que se aproveitam das dificuldades financeiras alheias, bem traduzindo o modo como o dinheiro comanda a vida e as relações sociais, ditando a respeitabilidade e a honra de um homem.⁸¹²

⁸¹¹ MARQUES, Maria Manuel Leitão; FRADE Catarina. **Regular o Sobreendividamento**. Disponível em: <<http://www.gplp.mj.pt/home/conferencias/cire/Maria%20Manuel%20Leit%C3%A3o%20Marques.pdf>> Acesso em: 09.07.2007. p. 9 e 10.

⁸¹² MACHADO, Dyonelio. **Os ratos**. 20. ed. São Paulo: Ática, 1997.

Evidentemente não se está diabolizando os concedentes de crédito, atividade lícita, tampouco se está a condenar o crédito em si, mas, sim, os efeitos colaterais decorrentes do mau uso dele. Até porque, na atual sociedade de consumo, o crédito tem se tornado indispensável para o bem-estar⁸¹³ e até para a própria sobrevivência dos indivíduos. Trata-se, ademais, de excelente fonte de autodesenvolvimento.⁸¹⁴

Pretende-se, na verdade, que se assegure a concessão sadia de crédito, que permita o aumento do nível de vida sem exigir sacrifícios impraticáveis no futuro. Para isso, é necessário que a economia do país ande bem e que haja emprego.⁸¹⁵

O crédito “Tornou-se a primeira fase do ciclo da vida das famílias, em que estas procedem à aquisição de equipamento indispensável à sua autonomia familiar e econômica (casa, automóvel, equipamentos domésticos, mobiliário).”⁸¹⁶ Conforme Brunno Giancoli, “O crédito é o principal mecanismo sociojurídico disponibilizado ao homem moderno para viabilizar seus sonhos, a exemplo da casa própria; dos veículos automotores; além dos bens de consumo típicos da modernidade, como celulares e computadores.”⁸¹⁷ No mesmo sentido, Jean Calais-Auloy afirma: “Le consommateur a la sibilité de recourir au crédit pour la plupart des dépenses qu’il est amené à faire: acheter une voiture, acheter un poste de télévision, équiper une cuisine, etc. Le crédit est utilisé par les fabricants et les vendeurs comme un argument publicitaire. Il constitue l’un des moteurs les plus puissants de la consommation de

⁸¹³ Sobre o bem-estar como medida de igualdade vale a leitura da obra “A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade” de Dworkin. O autor discorre sobre a subjetividade do bem-estar a partir dos deficientes físicos. Afirma que o que é considerado pela sociedade como indispensável à sua sobrevivência igual aos demais, compensando sua deficiência, pode não ser aquilo que o próprio deficiente entenda como indispensável ao seu bem-estar. Assim, é discutível se o bem-estar pode servir de medida principal para a igualdade entre os homens. E complementa: “Não há motivo para supor, antes de analisar essa e outras afirmações, que somente uma teoria da igualdade fundamentada no bem-estar pode oferecer a explicação necessária. De fato (e sobretudo) uma teoria fundamentada no bem-estar pode oferecer apenas uma explicação menos satisfatória do que pode parecer à primeira vista. A argumentação que estamos agora analisando é de que a igualdade de bem-estar merece um lugar em qualquer teoria geral da igualdade porque capta com precisão as nossas intuições sobre como se deve tratar os deficientes em nome da igualdade.” DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**; tradução Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 71.

⁸¹⁴ TIMM, Luciano Benetti. **O superendividamento e o direito do consumidor**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor., Porto Alegre, magister, n. 8, p. 40-55, abr/maio, 2006. p.42.

⁸¹⁵ GIANCOLI, Brunno Pandori. **O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 45.

⁸¹⁶ MARQUES, Maria Manuel Leitão; FRADE Catarina. **Regular o Sobreendividamento**. Disponível em: <<http://www.gplp.mj.pt/home/conferencias/cire/Maria%20Manuel%20Leit%C3%A3o%20Marques.pdf>> Acesso em: 09.07.2007. p. 7.

⁸¹⁷ GIANCOLI, Brunno Pandori. **O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 9.

masse.”⁸¹⁸ De fato, difícil seria para muitas famílias comprar casa, automóvel e outros bens duráveis se não fosse o crédito.⁸¹⁹

Além do mais, o ciclo econômico gerado pelo crédito é extremamente benéfico, na medida em que, ao permitir o acesso a bens que promovem qualidade de vida, além de gerar bem-estar a essas famílias, também força as empresas a produzir mais, passando, assim, a empregar mais e, com isso, elevar o poder de compra da população que melhora o seu nível de vida dando continuidade ao crescimento econômico e social. E é por isso que a limitação do crédito ao consumo é um indicativo de crise.⁸²⁰

Portanto, se o endividamento⁸²¹ ocorrer em um contexto de estabilidade financeira e não atingir as camadas mais pobres da população “é apenas um processo de antecipação de rendimentos, contribuindo para o bem-estar das famílias.”⁸²² O problema está nas situações em que há descumprimento contratual em função de o montante de dívidas superar o ativo do devedor. E isso costuma ocorrer nas situações envolvendo contratos a crédito, primeiro por ser um contrato que propicia o incumprimento na medida em que depende do futuro e da manutenção das condições fáticas do momento da contratação e, segundo, porque o crédito gera uma sensação perigosa de rendimento ilimitado⁸²³ que provoca o consumo inconsequente, estimulado pelos fornecedores que, muitas vezes, não têm escolha para sobreviver em um mercado competitivo, mas que devem arcar com as consequências de suas práticas agressivas para manter a clientela.

⁸¹⁸ “O consumidor tem a oportunidade de utilizar o crédito para a maior parte das despesas que ele é levado a fazer: comprar um carro, comprar uma televisão, equipar uma cozinha, etc. O crédito é utilizado por fabricantes e vendedores como um argumento publicitário. É um dos mais potentes motores do consumo de massa.” (tradução livre) CALAIS-AULOY, Jean. **Droit de la consommation**. - Paris: Dalloz, 1986. p. 318.

⁸¹⁹ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 301.

⁸²⁰ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 9.

⁸²¹ Lembre-se que o endividamento não se confunde com o superendividamento. O primeiro é o ato de contrair uma dívida, é quando se adquire algo sem pagar a totalidade do preço. Este pode ser proveitoso e não acarretar qualquer problema. O segundo, sim, implica em dramas familiares e inadimplementos crônicos, pois é quando o indivíduo contrai dívidas superiores ao que pode adimplir e normalmente decorre do multiendividamento.

⁸²² MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 2.

⁸²³ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 301.

Por isso, não se está defendendo o que Jean Carbonnier Derruppé chamou de “direito ao endividamento” (*Le droit à l’endettement*)⁸²⁴, considerando o superendividamento como, nas palavras de Káren Bertoncello comentando a obra, “a expressão de uma obrigação natural dos ricos aos pobres”⁸²⁵ ou, ainda, que haveria um “direito de não pagar suas dívidas” (*droit de ne pas payer ses dettes*) como quis Georges Ripert, em 1936⁸²⁶, pois ambas implicam exagerada proteção ao endividado excessivo, impedindo o correto funcionamento da economia, que pressupõe o pagamento das contraprestações e um comportamento zeloso e responsável por parte de ambos os sujeitos. A adoção de doutrinas exageradamente protetivas é um convite à irresponsabilidade e à inadimplência. O que se pretende é que haja uma divisão dos prejuízos, em determinados casos, com a finalidade da proteção da dignidade do particular falido.

O apoio do Estado aos excessivamente endividados visa, mais do que solucionar um impasse gerado pelo inadimplemento contratual, atender a um problema social. E um problema social amplamente massificado. Elizabeth Warren alerta para o fato de que há mais pessoas que requereram falência individual nos Estados Unidos do que pessoas diagnosticadas com câncer, do que pessoas que tenham sofrido um ataque cardíaco ou mesmo do que pessoas que tenham se formado em uma universidade.⁸²⁷

Ocorre que, para a própria economia, não é vantajosa a exclusão de agente econômico da circulação de riquezas. Vislumbra-se o que Clovis do Couto e Silva chamou de “morte econômica do devedor”.⁸²⁸ Como bem afirma Felipe Kirchner⁸²⁹, a crise de liquidez e de solvabilidade decorrente do consumismo inconsequente gera a exclusão do indivíduo não apenas do ambiente familiar e social, mas também de mercado, provocando um novo tipo de morte civil: o falecimento do que A. N. Whitehead chamou de “*Homo oeconomicus*”.⁸³⁰

⁸²⁴ DERRUPPÉ, Jean. **Rapport de Synthèse. L’Endettement**. Paris: LGDJ, 1997. p. 24.

⁸²⁵ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Bancos de Dados e Superendividamento do Consumidor: cooperação, cuidado e informação. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 50. p. 36-57, 2004. p. 53.

⁸²⁶ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Bancos de Dados e Superendividamento do Consumidor: cooperação, cuidado e informação. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 50. p. 36-57, 2004. p. 53.

⁸²⁷ WARREN, Elizabeth. **A new conversation about the middle class**. In: Harvard Journal of Legislation, Winter, 2007. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 1.

⁸²⁸ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 135.

⁸²⁹ KIRCHNER, Felipe. Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, n. 65, p. 63-113, jan./mar. 2008. p. 70 e 71.

⁸³⁰ BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 68.

Assim, a tutela ao superendividado gerará um reequilíbrio ao setor produtivo ao reinserir no mercado um consumidor recuperado.⁸³¹

4.3 Marketing⁸³²

A própria sociedade movimenta-se de uma tendência à outra, mas estes comportamentos de massa podem ser induzidos. A “manipulação”⁸³³ do consumidor se dá através do marketing⁸³⁴, via meios de comunicação de massa, que associa o produto ou serviço ao prazer e à ascensão social, dificilmente se valendo de uma comunicação informativa voltada à racionalidade da opção de compra.⁸³⁵

Aquele que absolve o marketing dos danos que ele pode causar ao consumidor é o mesmo que considera o endividamento excessivo um problema moral⁸³⁶ do consumidor, tido como um descontrolado, um “esbanjador, um dissipador, um gastador, um estroina, um

⁸³¹ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 55 e 62.

⁸³² Sem maiores digressões conceituais acerca dos termos técnicos das ciências da comunicação, adianto que me refiro ao termo “marketing” no sentido de todo e qualquer meio que o fornecedor se vale para o convencimento do consumidor, abarcando desde o design dos produtos até a publicidade e propagandas vinculadas às características das marcas, tendo em vista que não há um termo único que abranja todas as “ciências do vender”.

⁸³³ HARRIS, Ron; ALBIN, Einat. **Bankruptcy in light of manipulation in credit advertising – Personal Bankruptcy in the 21st Century: Emerging Trends and New Challenges**. In: Theoretical Inquires in Law, July 2006. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 16.

⁸³⁴ Evidentemente se está tratando do marketing que visa a venda de produtos, não aqueles que pretendem promover qualquer outra causa como o próprio marketing de causas, por exemplo, que objetiva a prevenção de acidentes, a doação de órgãos, a preservação da natureza, a conscientização para determinada causa beneficente, etc. Estes tipos de marketings sem fins lucrativos, normalmente patrocinados pelo governo ou associações filantrópicas, não acarretam as conseqüências aqui criticadas. BOONE, Louise. KURTZ, David. **Marketing Contemporâneo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Ltc. 1998. p. 14.

⁸³⁵ TIMM, Luciano Benetti. **O superendividamento e o direito do consumidor**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor., Porto Alegre, magister, n. 8, p. 40-55, abr/maio, 2006. p.40.

⁸³⁶ KIRCHNER, Felipe. Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, n. 65, p. 63-113, jan./mar. 2008. p. 106. LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao Consumidor e Superendividamento – Uma problemática Geral. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 17, p. 57-64, 1996. p. 59. LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 22.

perdulário ou um mau caráter”⁸³⁷, ignorando que as ciências do marketing e da publicidade buscam exatamente fazer com que os indivíduos comprem, gastem e se endivitem⁸³⁸, quer explorando a necessidade de uns, quer criando a necessidade em outros.

Isso porque “Os meios de comunicação de massa passaram a criar necessidades, a forçar contratação para a aquisição de coisas de utilidades duvidosas”⁸³⁹ e com uma facilidade incrível, já que é acessível de casa pela internet, telefone, etc.⁸⁴⁰ Tal estímulo às compras irrefletidas ou irracionais levam ao lucro imediato dos fornecedores e ao superendividamento dos consumidores.⁸⁴¹

O marketing – “termo que deriva da palavra anglo-saxã *market* (mercado)”⁸⁴² – é instrumento imprescindível à sobrevivência no mercado, mas a falta de uma regulação gera absoluta liberdade no uso de suas ferramentas neste ambiente de competição, acarretando abusos.

[...] o *marketing* constitui um poderoso instrumento a serviço do fornecedor, sem o qual, nos tempos modernos, dificilmente alguém sobrevive no mercado, principalmente diante das características da sociedade contemporânea. Um instrumento dessas dimensões, obviamente, não pode deixar de receber uma adequada regulação jurídica, a qual, longe de prestar-se a castrar a criatividade e mesmo a liberdade dos homens de *marketing*, existe tão-somente para coibir os abusos, [...]⁸⁴³

⁸³⁷ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 248.

⁸³⁸ “[...] induz alguns consumidores a fundar suas escolhas em razões fúteis e esquecer os critérios de qualidade e preço [...] engana os consumidores porque a gratuidade é somente aparente; induz os consumidores à compra de bens em quantidades superiores àquelas que necessitam; induz os consumidores a adquirirem mercadorias de que não precisam; [...]” COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 248, Nota 60.

⁸³⁹ CASADO, Márcio Mello. Os Princípios Fundamentais como Ponto de Partida para uma Primeira Análise do Sobreendividamento no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 133.

⁸⁴⁰ CASADO, Márcio Mello. Os Princípios Fundamentais como Ponto de Partida para uma Primeira Análise do Sobreendividamento no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 134.

⁸⁴¹ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 249.

⁸⁴² SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 20.

⁸⁴³ SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 40.

Evidentemente não se podem condenar as “ciências do vender” em uma sociedade capitalista, pois elas promovem a circulação de riquezas o que é benéfico para a economia. Trata-se de um trabalho necessário e imprescindível ao bom funcionamento da economia global, já que esta é baseada no consumo. Alguém deve fazer o trabalho de promover os produtos em uma sociedade capitalista fomentando uma competição que é saudável até mesmo para os consumidores. Mas não há como negar que o marketing realizado de modo irresponsável, que pretende vender acima de tudo e não se preocupa com as consequências disso, acaba por gerar certos efeitos danosos para a sociedade, quando incute o desejo de ter em quem não pode. Associando-se isso ao crédito como meio de promoção de vendas, o marketing pode provocar o superendividamento na medida em que faz tão bem seu papel de vendedor de ilusões (produtos transformados em sonhos), que as vende a quem não pode comprar sem abrir mão de sua dignidade. Induzidos pela habilidade de persuasão da propaganda, consumidores são levados a gastar não com o produto que deveriam, mas com aquele que foi melhor sucedido em suas estratégias de marketing. Quem sofre as consequências deste trabalho bem sucedido pelos operadores do marketing é o consumidor superendividado.

Isto é, embora lícita e até mesmo necessária ao modelo econômico vigente, estas ciências naturalmente contribuem para o superendividamento, ainda que não tenham a intenção de prejudicar os consumidores. Nas palavras de Décio Zylbersztajn e Rachel Sztajn:

A esse respeito é curioso notar que há tempos o Direito reconhece que é de se esperar, dentro de alguns limites, que o vendedor crie condições propícias para a venda, incluindo alguma imperfeição nas informações transmitidas a respeito do bem. Nas palavras de Moncada, ‘Há em todo o comércio um *mínimo de fraude*, de insinceridade egoísta, que é considerado *lícito*. Toda a propaganda e reclame comerciais assentam-se nessa base: a *inocente mentira* dos comerciantes! (...) Não esquecer que a palavra comerciante foi historicamente precedida pelas palavras *tratante* e *traficante* sem sentido pejorativo. Contudo, hoje já não se pode chamar isto a nenhum comerciante. Seria ofensivo. É este o chamado *dolus bonus*, caracterizado pelo emprego de razões e argumentos tendenciosos, mas sem a intenção *maléfica* de prejudicar.’⁸⁴⁴

Todavia, ainda que se admita essa necessária “falsidade”⁸⁴⁵, a verdade é que são geradas expectativas nos consumidores que são induzidos a compras irrefletidas -

⁸⁴⁴ ZYLBERSZTAJN, Décio, SZTAJN, Rachel. (Org.). **Direito e Economia**: Análise econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 123.

⁸⁴⁵ “[...] resta indubitável que toda e qualquer mensagem publicitária contém mesmo uma carga ínsita mínima de ‘falsidade’, entendido tal vocábulo como uma afirmação, quiçá eloqüente, mas incapaz de comprovação fática. Tal ocorre porque toda e qualquer mensagem publicitária possui, em maior ou menor grau, um certo exagero

principalmente a publicidade, por sua característica de comunicação de massa.⁸⁴⁶ Desse modo, há que se tomar cuidado para diferenciar a “inverdade permitida” das mensagens publicitárias da chamada propaganda enganosa ou abusiva. É o caso da chamada *puffing*, *trader's puff* ou *puffery*, isto é, anúncios que exageram nas frases de efeito e expressões empregadas com relação a um produto, a ponto de sequer criar a expectativa de veracidade daquela informação, notadamente pela impossibilidade de averiguação fática. Isto é, quando um produto afirma ser o “melhor do mundo” ou “mais verdadeiro”, não cria uma esperança no consumidor que logo vislumbra tratar-se de uma hipérbole. Mas esta técnica tem limites, pois, além de, em certos casos, poder ser caracterizada como enganosa ou abusiva, a partir do momento em que alguém possa razoavelmente vir a esperar a característica ofertada, esta passa a vincular o fornecedor.⁸⁴⁷

Com o avanço do capitalismo, também a ciência do marketing foi sendo aprimorada. O progresso das técnicas de marketing chega a influenciar o próprio conceito de consumidor. As ideias que se baseiam na aceção “neutra”, vinda da economia e sociologia, que encaram o consumidor como “aquele que consome bens ou frui serviços destinados à satisfação de suas necessidades privadas”⁸⁴⁸, ou na “restritiva” que “enxerga o consumidor como aquele que se utiliza de bem ou frui serviço imprescindíveis à sobrevivência”⁸⁴⁹, hoje são menos consideradas, passando-se a levar mais em conta uma compreensão chamada de “ampla”, que entende o consumidor como “aquele que usa bem ou frui serviços destinados à satisfação de qualquer necessidade, seja de sobrevivência, essencial, fútil ou, até mesmo, quando por trás do ato de consumo não há qualquer necessidade real, mas simples indução de marketing.”⁸⁵⁰

A comunicação de massa surgiu com a possibilidade tecnológica de distribuição e difusão de formas simbólicas, tendo como destinatário um público heterogêneo e

quanto às características do produto ou serviço anunciado, e coibir tal carga mínima seria o mesmo que inviabilizar toda a atividade publicitária no mercado (...)SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing**: uma abordagem jurídica do marketing empresarial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 212.

⁸⁴⁶ SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing**: uma abordagem jurídica do marketing empresarial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 198-199.

⁸⁴⁷ SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing**: uma abordagem jurídica do marketing empresarial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 135-136, 152-153, 210-212.

⁸⁴⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. **Revista dos Tribunais**, v. 628. São Paulo: RT, fev. 1988. p. 72.

⁸⁴⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. **Revista dos Tribunais**, v. 628. São Paulo: RT, fev. 1988. p. 72.

⁸⁵⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. **Revista dos Tribunais**, v. 628. São Paulo: RT, fev. 1988. p. 72.

indiferenciado. A partir da industrialização desta cultura, houve a possibilidade de reproduzir, em quantidades expressivas, certas formas narrativas centradas na exploração da fantasia e na gestão das emoções. Aos poucos, o que seria um meio de informar tornou-se um sensacionalismo generalizado diante da forte concorrência do mundo globalizado. As mensagens não mais pretendem informar, mas sim iludir através da exploração da emoção, de cores e movimentos agradáveis, e da transmissão da ideia de prazer, felicidade e transformação da vida.

A cultura midiática tem a capacidade de gerir a ilusão. Ao administrar a satisfação imediata e a insatisfação subsequente, provocadas no consumidor, mantêm-nos fiéis, já que se trata de indivíduos que vivem não apenas centrados no prazer, mas sim na expectativa de prazer.

Frases de efeito que tentam retirar ao máximo a cognição racional do consumidor para que seja mais facilmente manipulável, expressões que apontam para a satisfação de um desejo consumista e o menosprezo pelos riscos do crédito são bem comuns no mercado.⁸⁵¹ “Compre agora, pague depois”⁸⁵², são as frases imperativas mais sutis de que os fornecedores e suas empresas de assessoria de imagem, marketing e publicidade se valem, pois há métodos mais agressivos⁸⁵³ como a abordagem incessante e impertinente de entregadores de panfletos que anunciam crédito fácil, literalmente aos gritos, no centro das cidades.⁸⁵⁴ Tudo busca causar uma espécie de embriaguez⁸⁵⁵ consumista, assim tratada porque efetivamente leva o consumidor a uma racionalidade limitada.⁸⁵⁶

⁸⁵¹ GLANZ, Semy. Responsabilidade Civil das Instituições Financeiras pela Má Concessão de Crédito. **Revista da EMERJ**, n. 1-2, p. 105-114. Rio de Janeiro, 1998. p. 110.

⁸⁵² MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Uma lei para os consumidores superendividados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 76-89, jan/mar. 2007. p. 76.

⁸⁵³ CONSALTER, Rafaela. Novas tendências da atuação da Defensoria Pública na defesa do consumidor necessitado. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 358.

⁸⁵⁴ SANTOS, Cláudio Sinoé Ardenghy dos. **Superendividamento – A Fragilidade do Consumidor**. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/06de2005/superendividamento_claudiosionoeardenghydosantos.htm> Acesso em: 09.07.2007. p. 1.

⁸⁵⁵ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 87.

⁸⁵⁶ Por isso Cesar Santolim acrescenta a autonomia privada aos princípios fundamentais do direito do consumidor. O que o autor quer dizer é que a liberdade de escolha perfeita (informada e sem vícios) é um direito fundamental do consumidor na medida em que tudo o que tire a racionalidade da escolha atenta contra as regras consumeiristas. SANTOLIM, César Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 55, jul/set. 2005. p. 82.

Com o crédito não tem sido diferente. Uma mensagem publicitária, veiculada nos Estados Unidos, e bem referida por Ron Harris e Einat Albin demonstra a apelação a que estes anúncios chegaram:

The title of a recent advertising campaign for unsecured bank loans is “Future Credit”. The campaign’s TV commercials show a man (or a woman) in his (or her) forties, leaning over the shoulder of a twenty-something look-alike. “Who are you?” asks the young person. “I am you in twenty years”. The older self talks the younger self into borrowing money. In different clips the consumer is persuaded to use the money for different purposes: vacationing in Mexico, buying a fancy car, refurbishing a house, or going to graduate school. “How can I afford this?” asks the younger self. “Believe me, in the future you’ll have enough money, now be spontaneous and just do it.” The campaign’s slogan on the Web and in newspaper ads says: “we believe that you will succeed, and therefore you are invited to take what you need now. You will return it in the future, when you have it.” The general message is: live the good life and fulfill your (romantic) dreams in your 20s, while you still can. Don’t wait until you can afford it. The future is bright. In what seems to encourage a spontaneous decision, the ads promise that loans are approved within ten minutes, twenty-four hours a day. Application is by phone or online, no forms, no fees. In some loan tracks, an “interest only” period of three years before beginning to repay the principal is also offered.⁸⁵⁷

Ou seja, a propaganda incita as pessoas a pensar que a vida é agora e que devemos deixar o desassossego com as dívidas para depois. Primeiramente devemos realizar nossos sonhos porque a vida é muito curta para nos preocuparmos com o futuro. Essa modalidade de propaganda pode gerar a despreocupação com o cumprimento dos deveres, o que provoca o inadimplimento crônico das dívidas. Quando o consumidor perceber já será tarde para adimplir todos os deveres que deixou de cumprir, movido por um pensamento que lhe foi incutido no sentido de que “a vida é agora, depois me preocupo com as consequências”.

⁸⁵⁷ “O título de uma recente campanha publicitária para empréstimos bancários quirografários é ‘Crédito do Futuro’. A campanha publicitária da TV mostra um homem (ou mulher) em seus quarenta e poucos anos de idade, inclinada sobre o ombro de alguém com aparência de vinte e poucos anos. ‘Quem és tu?’, Pergunta o jovem. ‘Eu sou você, em vinte anos’. O personagem mais velho conversa consigo mesmo mais novo sobre empréstimos em dinheiro. Em diversos cliques, o consumidor é persuadido a usar o dinheiro para diferentes fins: férias no México, comprar um carro elegante, remodelar uma casa, ou fazer uma universidade. ‘Como posso pagar isso?’, Pergunta o mais jovem. ‘Acredite em mim, no futuro, você terá dinheiro suficiente, agora seja espontâneo e apenas faça.’ O slogan da campanha na Internet e nos anúncios de jornal diz: ‘nós acreditamos que você vai ter sucesso e, por isso, você está convidado a ter o que você precisa agora. Você vai devolvê-lo no futuro, quando tiver dinheiro.’ A mensagem geral é: viva a vida boa e cumpra o seus (românticos) sonhos em seus vinte anos, enquanto você ainda pode. Não espere até que você possa pagar. O futuro é brilhante. Ao que parece a incentivar uma decisão espontânea, os anúncios prometem que os empréstimos são aprovados no prazo de dez minutos, vinte e quatro horas por dia. A aplicação é pelo telefone ou on-line, sem formalidades nem taxas. Em algumas faixas de empréstimo, também é oferecido ‘juro único’ no período de três anos antes de começar a reembolsar o capital.” (tradução livre) HARRIS, Ron; ALBIN, Einat. **Bankruptcy in light of manipulation in credit advertising – Personal Bankruptcy in the 21st Century**: Emerging Trends and New Challenges. In: *Theoretical Inquires in Law*, July 2006. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 1.

Somos incessantemente bombardeados por materiais publicitários.⁸⁵⁸ Muitos percebem que esta enxurrada é um meio que as empresas encontram para lucrar e não aceitam todas estas manobras, deixando-as de lado. O problema mais grave está justamente em quem precisa de proteção.⁸⁵⁹ “But imagine that you are poor, uneducated, perhaps even mentally ill, and you have trouble providing for yourself and your family. Will you understand the significance of a credit card and its underlying responsibility? [...] You did not request the card and may even believe it to be a gift or a form of assistance.”⁸⁶⁰ Pessoas sem a menor capacidade financeira tomam muito dinheiro emprestado e, entendendo ou não o que estão fazendo, o fato é que não conseguirão pagar as dívidas. Muitos já são devedores e ainda assim continuam recebendo propostas de crédito, às vezes até do próprio banco de quem são devedores.⁸⁶¹ É por isso que Teri Daniel conclui seu trabalho dizendo:

It is time to protect those in our community who need protection the most. Creditors have a right to payment on credit that they honestly and fairly extend to customers. However, when these creditors know of the financial difficulties of a consumer and extended credit for the sole purpose of profiting from the consumer's misfortune, they must be stopped.⁸⁶²

As ciências da publicidade e do marketing investigam a forma com que os consumidores fazem suas escolhas. O tempo que gastam, o método de busca, o que lhes seduz e até mesmo a forma com que o olho humano vasculha a prateleira e o que lhe chama a atenção. Segundo estimativas, estamos expostos a trinta mil anúncios de televisão por ano,

⁸⁵⁸ Não se quer impedir que isto ocorra, pois a liberdade de expressão permite que empresas se valham de todas as técnicas para captar consumidores, mas sim que se regule esta publicidade. A liberdade não pode ser ilimitada, se o ato está lesando consumidores deverá ser controlado. Na Europa é comum limitar o conteúdo das propagandas no intuito de proteger o consumidor de crédito.

⁸⁵⁹ DANIEL, Tery Rebecca. **Improvident extension of credit as an extension of unconscionability**: Discover Bank v. Owens and a debtor's rights against credit card companies. In: Cleveland State Law Review, 2006. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 1.

⁸⁶⁰ “Mas imagine que você é pobre, sem educação, talvez até mentalmente doente e você tenha problemas para sustentar a si e sua família. Você entenderia o significado de um cartão de crédito e a subjacente responsabilidade disso? (...) Você pode não ter solicitado o cartão e pode acreditar que é um presente ou uma forma de assistência.” (tradução livre) DANIEL, Tery Rebecca. **Improvident extension of credit as an extension of unconscionability**: Discover Bank v. Owens and a debtor's rights against credit card companies. In: Cleveland State Law Review, 2006. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 1.

⁸⁶¹ DANIEL, Tery Rebecca. **Improvident extension of credit as an extension of unconscionability**: Discover Bank v. Owens and a debtor's rights against credit card companies. In: Cleveland State Law Review, 2006. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 1.

⁸⁶² “É tempo de proteger aqueles, em nossa comunidade, que mais necessitam de proteção. Os credores têm o direito de receber o pagamento do crédito que eles honesta e justamente estenderam aos clientes. No entanto, quando estes credores sabem das dificuldades financeiras de um consumidor e aumentam o crédito com o único objetivo de tirar proveito da desgraça do consumidor, eles devem ser detidos.” (tradução livre) DANIEL, Tery Rebecca. **Improvident extension of credit as an extension of unconscionability**: Discover Bank v. Owens and a debtor's rights against credit card companies. In: Cleveland State Law Review, 2006. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 12.

sendo disparados 7,3 bilhões de e-mails comerciais e spams por dia.⁸⁶³ Enquanto os antigos manuais de publicidade recomendavam trinta segundos para um anúncio em jornal ou revista surtir algum efeito no leitor, hoje um estudo realizado por uma empresa alemã de pesquisa de mercado, GfK, concluiu que o consumidor não perde mais do que dois segundos no passar de olhos sobre uma mensagem publicitária, selecionando algo que lhe interesse. Este passar de olhos provoca operações subconscientes que não permitem um “pensar”, atitude esta que só é tomada após a seleção daquele determinado produto ou serviço.⁸⁶⁴ Assim, grandes agências de propaganda e departamentos de marketing estudam o olhar do consumidor, como o milionário instituto de pesquisa que vem sendo construído por uma fábrica japonesa de automóveis para um dos maiores especialistas no assunto, o psicólogo Shinsuke Shimojo, do Caltech, Instituto de Tecnologia da Califórnia. São estudadas “as preferências subconscientes, que provavelmente influenciam as decisões de compra.”⁸⁶⁵ Rastreia-se, por meio de sofisticados aparelhos, o ponto que os observadores voluntários da pesquisa visualizam com maior atenção, ou ainda com softwares que realizam mapas a partir da coleta dos cliques do mouse que os voluntários realizaram.⁸⁶⁶

Disposição das prateleiras, cores das embalagens, ambiente perfumado, música de fundo, atendimento personalizado e sensação de autonomia: nada escapa à estratégia de chamar a atenção do visitante e conquistar mais clientes. (...) sensação de conforto e de ter tudo ao alcance das mãos – tudo isso é, na verdade, fruto de minuciosas pesquisas e observação atenta do comportamento dos consumidores.⁸⁶⁷

Toda esta técnica evoluiu a ponto de possuir uma denominação própria: “antropologia do consumo”, conforme definição do antropólogo Paco Underhill.⁸⁶⁸ Ou seja, uma ciência voltada a fazer com que se gaste até o que não se tem, mesmo que não se precise.

O supramencionado estudioso, autor de diversos livros com a finalidade de provocar o consumismo e dono de uma empresa de consultoria em pesquisa de mercado “observa um

⁸⁶³ SCHEIER, Christian, LEFIMÖLLMANN, Annette. A ciência por trás da propaganda. **Mente e Cérebro**, São Paulo, n. 176, p. 51-57, set. 2007. Edição de aniversário. p. 51.

⁸⁶⁴ SCHEIER, Christian, LEFIMÖLLMANN, Annette. A ciência por trás da propaganda. **Mente e Cérebro**, São Paulo, n. 176, p. 51-57, set. 2007. Edição de aniversário. p. 52 e 53.

⁸⁶⁵ SCHEIER, Christian, LEFIMÖLLMANN, Annette. A ciência por trás da propaganda. **Mente e Cérebro**, São Paulo, n. 176, p. 51-57, set. 2007. Edição de aniversário. p. 54.

⁸⁶⁶ SCHEIER, Christian, LEFIMÖLLMANN, Annette. A ciência por trás da propaganda. **Mente e Cérebro**, São Paulo, n. 176, p. 51-57, set. 2007. Edição de aniversário. p. 55.

⁸⁶⁷ CICERONE, Paola Emilia. Táticas de sedução. **Mente e Cérebro**, São Paulo, n. 176, p. 58-61, set. 2007. Edição de aniversário. p. 59.

⁸⁶⁸ CICERONE, Paola Emilia. Táticas de sedução. **Mente e Cérebro**, São Paulo, n. 176, p. 58-61, set. 2007. Edição de aniversário. p. 59.

shopping ou um hipermercado da mesma forma como outros antropólogos estudam uma tribo indígena distante.”⁸⁶⁹

De acordo com Gabriel Qualizza, especialista em comunicação e marketing, alguns pesquisadores chegam ao ponto de distinguir os “consumidores de conveniência”, aqueles que compram algo de que efetivamente precisam, dos “consumidores recreacionais”, motivados pela emoção e pela vontade de simplesmente comprar. O objetivo destes profissionais é fazer com que cada vez mais bens sejam tratados como necessários, aumentando o primeiro grupo e fazer com que o consumo pelo simples prazer de gastar seja natural, aumentando o segundo grupo. Assim, identificam o número de visitantes que tem propensão para o consumo e aplicam-lhe um sem número de técnicas para criar a atmosfera perfeita para o consumo. Normalmente a criação deste ambiente é ainda mais decisiva em bens com alto valor simbólico, como automóveis, cosméticos e roupas.⁸⁷⁰

Desta forma, estudiosos captam os movimentos dos consumidores de sua época e os fazem gastar o máximo que puderem. Hodiernamente, segundo Andrea Maulini, citada em reportagem de Paola Emilia Cicerone⁸⁷¹, estes especialistas têm se focado ainda mais em atrair a atenção do cliente, já que, se no passado o vendedor costumava apresentar a mercadoria, hoje são os consumidores que, dentre tantas opções, escolhem a que mais lhes chama a atenção. Na mesma reportagem, Giussi Scandroglio afirma que “São necessários sinais fortes para atingir consumidores cada vez mais bombardeados por informações midiáticas”.⁸⁷²

Estes sinais iniciam com uma chamada aos consumidores, indicando a qualidade do fornecedor. E-mails ou correspondências personificadas, por exemplo, ou sob o formato de presentes, brindes, gratificações. Isso porque há uma regra da reciprocidade na conduta humana. Como bem afirma Ron Harris e Einat Albin, “people tend to repay when they receive

⁸⁶⁹ CICERONE, Paola Emilia. Táticas de sedução. **Mente e Cérebro**, São Paulo, n. 176, p. 58-61, set. 2007. Edição de aniversário. p. 60.

⁸⁷⁰ CICERONE, Paola Emilia. Táticas de sedução. **Mente e Cérebro**, São Paulo, n. 176, p. 58-61, set. 2007. Edição de aniversário. p. 60.

⁸⁷¹ CICERONE, Paola Emilia. Táticas de sedução. **Mente e Cérebro**, São Paulo, n. 176, p. 58-61, set. 2007. Edição de aniversário. p. 60.

⁸⁷² CICERONE, Paola Emilia. Táticas de sedução. **Mente e Cérebro**, São Paulo, n. 176, p. 58-61, set. 2007. Edição de aniversário. p. 60.

something from another person, even when the favor is unsolicited.”⁸⁷³ E complementam os autores dando o exemplo do presente ou cartão de aniversário, pois quando alguém recebe algo tem a tendência de retribuir, mesmo que não tenha pedido, não queira e até não tenha gostado do que recebeu. As pessoas retornam não o presente, mas o gesto de gratificação.

Além disso, a sensação de fazer um bom negócio aumenta o prazer da compra. Por este motivo Sylvia Leão, diretora do Pão de Açúcar, afirma que a palavra “grátis” em determinado produto, aumenta em trinta por cento suas vendas.⁸⁷⁴

Há, também, o denominado *merchandising*, vulgarmente chamado de “publicidade simulada”, que se caracteriza pela “prática de divulgação de produtos em filmes, novelas, livros, ou qualquer espécie de veículo não conceituado como mídia.”⁸⁷⁵

Ou, ainda, o recente *teser*, que “segundo a definição contida no art. 9.º, parágrafo único, do CBAP, são ‘mensagens que visam criar expectativa ou curiosidade, sobretudo em torno de produtos a serem lançados’”.⁸⁷⁶ Assim, esta técnica nada mais é do que um anúncio do anúncio a fim de chamar a atenção do consumidor, explorando a característica humana da curiosidade.

Outro método para emitir tais “sinais” para atrair consumidores é a vitrine⁸⁷⁷, uma projeção de imagens que tem como objetivo chamar a atenção.

São o primeiro contato do público com a loja: podem acionar desejos e compulsões. Em suas pesquisas, Paco Underhill observou a influência do ângulo que se forma entre o consumidor e a vitrine. ‘A perspectiva inicial da vitrine é, inevitavelmente, lateral; nesse momento aquilo que entrou no campo visual determina a decisão de parar’, diz.⁸⁷⁸

⁸⁷³ “as pessoas tendem a retribuir quando recebem algo de outra pessoa, mesmo quando o favor não tenha sido solicitado.” (tradução livre) HARRIS, Ron; ALBIN, Einat. **Bankruptcy in light of manipulation in credit advertising – Personal Bankruptcy in the 21st Century**: Emerging Trends and New Challenges. In: *Theoretical Inquires in Law*, July 2006. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 4.

⁸⁷⁴ PEREIRA, Camila. *TODESCHINI, Marcos. Anatomia do consumo. Revista Veja*. São Paulo. 17 dez. 2008. Disponível em: http://veja.abril.com.br/171208/p_090.shtml Acesso em 16.01.2009.

⁸⁷⁵ SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing**: uma abordagem jurídica do marketing empresarial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 229.

⁸⁷⁶ SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing**: uma abordagem jurídica do marketing empresarial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 230.

⁸⁷⁷ BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 176 e 177.

⁸⁷⁸ CICERONE, Paola Emilia. Táticas de sedução. **Mente e Cérebro**, São Paulo, n. 176, p. 58-61, set. 2007. Edição de aniversário. p. 61.

Garantida a atenção do cliente, passa-se a tentar atraí-lo para dentro da loja. Neste ponto, as estratégias que vão ao inconsciente surtem forte efeito, por exemplo, a associação à agradável impressão olfativa, tais como doces e suaves perfumes que causam sensação de limpeza e bem-estar.

Uma vez dentro da loja, música ambiente de acordo com o público que se quer cativar e produtos meticulosamente espalhados pelas prateleiras. Neste diapasão, um excelente exemplo do mesmo Underhill diz com o azeite de oliva, “visto apenas como um condimento se estiver entre o sal e o vinagre, mas que se torna uma experiência virtual de degustação se colocado em meio a verduras, pães e vinhos”.⁸⁷⁹

Após a constatação por cientistas da Universidade de Harvard de que, em ambientes onde há mais oxigênio e conseqüentemente maior sensação de bem-estar, os consumidores compram mais, lojas americanas passaram a expelir oxigênio por suas tubulações de ar. Até mesmo o cheiro de carro novo é artificial e visa gerar prazer em quem adquire um veículo, isto é, os carros novos não possuem aquele cheiro característico porque são novos, mas sim porque o fabricante gerou uma fragrância em laboratório. Carros esportivos remetem ao aroma de borracha, carros de luxo, ao couro.⁸⁸⁰ É contra esta mega estrutura que o consumidor terá que lutar se não quiser comprar.

O marketing estuda todas as faces do consumo atento aos valores, desejos e expectativas dos indivíduos⁸⁸¹ e, a partir da observação das fraquezas de cada grupo de consumidores, toca no ponto vulnerável deles com a finalidade de fazê-los se identificar com o produto a ponto de adquiri-lo independentemente da análise racional da efetiva necessidade. Tal estratégia é ainda mais fácil no âmbito consumeirista, pois aqui a contratação está mais associada com a necessidade e o desejo do que com a vontade.⁸⁸²

⁸⁷⁹ CICERONE, Paola Emilia. Táticas de sedução. **Mente e Cérebro**, São Paulo, n. 176, p. 58-61, set. 2007. Edição de aniversário. p. 61.

⁸⁸⁰ PEREIRA, Camila. TODESCHINI, Marcos. Anatomia do consumo. **Revista Veja**. São Paulo. 17 dez. 2008. Disponível em: http://veja.abril.com.br/171208/p_090.shtml Acesso em 16.01.2009.

⁸⁸¹ BASTA, Darci et al. **Fundamentos de marketing**. Série Gestão empresarial (FGV Manegment). – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 15.

⁸⁸² “La consommation a plus d’affinités avec le désir et le besoin qu’avec la volonté. [...] La volonté du consommateur doit exister, elle doit être déclarée, elle doit être exempte de vices, et elle doit avoir une cause. Mais rien ne permet de décèler si cette volonté existe ou non, si l’on a affaire à un simple désir, à une volonté ‘molle’ ou à une volonté vraie.” (original) “O consumo tem mais afinidade com o desejo e a necessidade do que com a vontade [...] A vontade do consumidor deve existir, deve ser declarada, deve estar isenta de vícios e deve ter uma causa. Mas nada permite detectar se esta vontade existe ou não, se estamos diante de um simples

Segundo Peter Drucker⁸⁸³, quando faz uma análise das finalidades de uma empresa, “a meta do marketing é tornar a venda supérflua, é conhecer e entender tão bem o consumidor que o produto ou o serviço se adapte a ele e se venda sozinho.”⁸⁸⁴

O renomado autor afirma que o marketing é decorrência do consumismo. Salvo melhor juízo, parece que Drucker inverte causa e consequência no intuito de justificar os efeitos danosos do marketing. Ora, se já há o consumismo, o marketing não precisaria ser potencializado, poderia até ser suavizado. É justamente porque o que acontece é o inverso – o consumismo decorre do incentivo às compras do marketing – que o marketing tem sido cada vez mais utilizado para gerar o consumismo e, com isso, provocar aumento nas vendas. Não se está negando que o consumidor determine o que as empresas venderão, mas estes mesmos consumidores são diariamente influenciados pelo que o marketing lhes inculuiu. Assim, dizer que se faz o marketing para atender ao consumismo é crer que o consumismo não surgiu em função do incentivo às compras que as empresas promovem por meio do marketing. Primeiro vem o marketing, depois o consumo, e o segundo segue o que o primeiro propagou. O raciocínio inverso é falacioso. Talvez o marketing que parte de um consumidor no modelo de Adam Smith, que pondera vantagens e desvantagens de maneira racional e só compra o que precisa, possa discutir essa ordem, mas o marketing de hoje, via meios de comunicação de massa, mais cria necessidades do que as identifica. Por exemplo, é comum alguém que já possui um celular com as funções de que precisa, ainda assim querer outro mais moderno, ainda que este não lhe acrescenta nada de útil.

A maioria dos doutrinadores do marketing afirma que este identifica necessidades e cria desejos.⁸⁸⁵ Negam que, para vender um produto, criem necessidades e para isso elaboraram uma dialética que parte do pressuposto de que as necessidades são sempre

desejo, de uma vontade ‘fraca’ ou de uma vontade verdadeira.” (tradução livre) CHARDIN, Nicole. **Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté**. Paris: LGDJ, 1988. p. 57.

⁸⁸³ DRUCKER, Peter Ferdinand. **O melhor de Peter Drucker**: a administração. Tradução Arlete Simille Marques. São Paulo: Nobel, 2002. p. 35 a 41.

⁸⁸⁴ DRUCKER, Peter Ferdinand. **O melhor de Peter Drucker**: a administração. Tradução Arlete Simille Marques. São Paulo: Nobel, 2002. p. 36.

⁸⁸⁵ Muitos negam inclusive que o marketing cria desejos afirmando que ele somente “satisfaz” desejos. SHETH, Jagdish N. Capítulo 5: Comportamento do Consumidor. In CZINKOTA, Michael R. **Marketing** - as melhores práticas. São Paulo: Editora Bookman. 2001. p. 138. Isto é, tudo já estaria nos consumidores, o marketing apenas ajudaria as pessoas a viverem melhor. Desconsiderando o jogo de palavras, partiremos do pressuposto de que o marketing, ao menos, gera desejos ao induzir a compra.

próprias do ser humano.⁸⁸⁶ Partindo da divisão radical, proposta pelos estudiosos do marketing, entre necessidade e desejo, pode-se dizer que aqueles estão certos ao afirmar que esta ciência não cria necessidades, mas desejos. No entanto, essa afirmação é abalizada na transformação das expressões “necessidade” e “desejo” em termos técnicos.⁸⁸⁷ Assim, ambos têm um significado absolutamente diverso. Ocorre que, na realidade, eles muitas vezes se confundem se os tratarmos a partir das noções que a linguagem comum expressa. Como aqui já foi dito, o que era somente desejo em uma época, torna-se necessidade em outra. Por exemplo: a televisão já foi vista como algo supérfluo, hoje é tão necessária que a própria lei determina sua impenhorabilidade. Assim, partindo-se do pressuposto de que os homens têm necessidades intrínsecas, identificadas pelo marketing que cria desejos, na teoria, a afirmação de que o marketing não cria necessidades pode ser correta. Mas, em determinadas situações, é muito tênue a linha que divide necessidade e desejo. Assim, partindo-se da pirâmide de Maslow⁸⁸⁸, se nas necessidades fisiológicas parece evidente a distinção, nas necessidades de autorrealização ou de estima já não há unanimidade entre o que é desejo e o que é necessidade. Trata-se de um conceito subjetivo. Cada indivíduo sabe seus desejos e necessidades, e o que é desejo para um pode ser necessidade para outro e vice-versa.

Para o marketing, o indivíduo já possui uma necessidade (de estima, por exemplo), e o produto (um carro potente), a partir daquela, cria o desejo de ter a mercadoria para suprir esta necessidade. No entanto, só podemos seccionar essas expressões para considerarmos como necessidade, aquilo que não podemos sobreviver sem (fisiológicas) e desejo aquilo que promove a vida digna do cidadão (estima)⁸⁸⁹, e não dividir como necessidade algo intrínseco e desejo algo provocado, porque estes termos não se distinguem desse modo na hermenêutica

⁸⁸⁶ KOTLER, Philip. **Administração de marketing**: análise, planejamento, implementação e controle; Tradução Ailton Bomfim Brandão – 5. ed. – 7. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2008. p. 27.

⁸⁸⁷ Esta linguagem técnica encara a necessidade como “estado de privação de uma necessidade básica” que não podem ser criadas pois já “são inertes à condição humana”; desejos são “carências por satisfações específicas para atender às necessidades”; e há, ainda, as demandas, que seriam “desejos por produtos específicos, respaldados pela habilidade e disposição de comprá-los. Desejos se tornam demandas quando apoiados por poder de compra.” KOTLER, Philip. **Administração de marketing**: análise, planejamento, implementação e controle; Tradução Ailton Bomfim Brandão – 5. ed. – 7. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2008. p. 27 e 28.

⁸⁸⁸ Abraham Maslow classificou as necessidades desde o nível mais baixo ao mais alto, em: Necessidades de auto-realização (desenvolvimento e realização pessoal), de estima (reconhecimento, status), sociais (sensação de pertencer, amor), de segurança (segurança e proteção) e fisiológicas (comida, água, abrigo). BASTA, Darci et al. **Fundamentos de marketing**. Série Gestão empresarial (FGV Manegment). – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 66.

⁸⁸⁹ Ou ainda como diz Jagdish Sheth: “A diferença entre uma necessidade e um desejo é que o surgimento da necessidade é guiado pelo desconforto nas condições físicas e psicológicas da pessoa, enquanto que o desejo acontece quando as pessoas querem levar suas condições físicas e psicológicas além do estado de conforto mínimo. SHETH, Jagdish N. Capítulo 5: Comportamento do Consumidor. In CZINKOTA, Michael R. **Marketing** - as melhores práticas. São Paulo: Editora Bookman. 2001. p. 139.

usual da linguagem. Assim, pode-se dizer que o indivíduo tem “desejo de estima”, sem que se tire o sentido da frase. Tecnicamente estaria errado para o marketing que predispôs esta divisão absoluta e só por isso não admite que cria necessidades, mas de fato, em muitos casos necessidade e desejo se confundem se encararmos os termos como a linguagem comum o faz e não como a técnica do marketing quer fazer.

Partindo das definições da doutrina do marketing, se, como afirma Czinkota: “Necessidades são condições insatisfatórias do consumidor, que o levam a ações que melhorarão estas condições” e “Desejos são aspirações de obter mais satisfação do que o absolutamente necessário para melhorar uma condição instantânea”⁸⁹⁰, pode-se dizer que quando um comercial provoca no consumidor insatisfação com sua condição de não proprietário daquele produto, e uma aspiração de satisfazer aquilo que não chega a ser necessário, mas que promove uma melhora na sua condição instantânea, aquele comercial criou uma necessidade (antes de ver o comercial o consumidor não estava insatisfeito com sua condição), e um desejo (em função do comercial o consumidor passou a aspirar mais satisfação do que o absolutamente necessário).

Assim, os doutrinadores do marketing só não admitem que criam necessidades porque designaram este termo para algo naturalmente intrínseco, mas a verdade é que muito do que o ser humano trata como objeto de primeira necessidade não o era até que o marketing assim determinasse. Trata-se, tão somente, de uma questão semântica, de significação dos termos empregados. A necessidade criada pode ser chamada de desejo incontrolável que continuará sendo uma força externa (*forces externes*)⁸⁹¹ que distorce a vontade real do consumidor e que é muitas vezes criada pelo marketing.

Ao final das contas, ao admitir que criam desejos – ou mesmo os que não o fazem, ao admitir que, ao menos promovem a compra irrefletida -, os profissionais do marketing já assumem a parcela de responsabilidade que cabe a esta ciência no agravamento da situação dos excessivamente endividados. Assim, de qualquer modo, independentemente da

⁸⁹⁰ SHETH, Jagdish N. Capítulo 5: Comportamento do Consumidor. In CZINKOTA, Michael R. **Marketing** - as melhores práticas. São Paulo: Editora Bookman. 2001. p. 138.

⁸⁹¹ O termo é de Nicole Chardin que vai além e afirma que “Une manipulation mentale des individus les force à ces contrats de consommation. Ces forces sociales ont pour résultat la lobotomie du consommateur.” (no original) “Uma manipulação mental dos indivíduos os força à esses contratos de consumo. Essas forças sociais têm como resultado a lobotomia do consumidor.” (tradução livre) CHARDIN, Nicole. **Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté**. Paris: LGDJ, 1988. p. 37.

nomenclatura, tanto a criação de desejos quanto de necessidades, ainda que não se entre em consenso quanto a suas definições, são prejudiciais, pois incutem no consumidor a vontade de comprar o que muitas vezes não pode adquirir e do qual nem precisaria. Não se está dizendo que tratar necessidade como algo que já está predisposto no ser humano e desejo como algo que satisfaz as necessidades seja errado, é uma interpretação destes termos, e desta forma, realmente o marketing não cria necessidades⁸⁹², mas cria um desejo tão forte que aqueles que fazem uma interpretação um pouco mais abrangente do termo necessidade o encarem como tal. O que se está defendendo é que ainda que uns chamem de desejo e outros já considerem necessidade, a promoção de bens a ponto de gerar um sentimento de querer um produto (seja necessidade, seja desejo descontrolado) que se sobrepõe à racionalidade de perceber que não se pode ter este produto é sempre danoso.

Além do mais, a distinção não tem tanta relevância, pois mesmo que não se entre nessa discussão, trocando a análise sociológica pela axiológica, considerando dados mais objetivos, é possível perceber a influência do marketing no aumento dos níveis de superendividamento. Não se está a criticar os profissionais do marketing, o que aqui se afirma é exatamente o contrário, pois, justamente por serem demasiado bons no que fazem é que estes competentes profissionais potencializam os efeitos naturais da ciência do vender.⁸⁹³ É o próprio marketing e a publicidade que geram consequências nefastas, os operadores destas ciências estão fazendo seu trabalho, e muito bem feito, tanto que têm causado uma evolução destas técnicas atingindo seu objetivo: vender mais. A crítica é para as consequências do sucesso dessas ciências, quando aplicadas sem preocupação com seus efeitos.

A ciência do vender evolui e se fortalece para sugar tudo o que o consumidor puder comprar, enquanto a ciência do comprar - que nem mesmo existe tecnicamente, até porque é em muito subconsciente - conta somente com a proteção do direito do consumidor.

⁸⁹² KOTLER, Philip. ARMSTRONG, Gary. **Princípios de Marketing**. Tradução Vera Whately; rev. Roberto Meireles Pinheiro. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Prentice Hall do Brasil, 1998. p. 3 e 4.

⁸⁹³ Ainda que a doutrina do marketing defenda que o marketing não é apenas vendas e propaganda, mas sim satisfazer as necessidades do cliente, (KOTLER, Philip. ARMSTRONG, Gary. **Princípios de Marketing**. Tradução Vera Whately; rev. Roberto Meireles Pinheiro. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Prentice Hall do Brasil, 1998. p. 3.) não há como negar que o que se espera de uma empresa de marketing ao ser contratada é que aumente as vendas. Até mesmo porque quando a consequência é o superendividamento, ainda que o marketing tenha satisfeito a necessidade de estima daquele que compra um produto supérfluo, sem dúvida não desejava conscientemente se superendividar. Foi induzido pelo marketing a comprar e não a satisfazer suas necessidades, pois sua necessidade básica naquele momento era poupar e pagar suas dívidas.

O marketing analisa todas as nuances do consumo sem deixar passar nada. Muito resumidamente, pode-se dizer que o marketing inicia identificando as necessidades⁸⁹⁴ e desejos de determinado grupo de consumidores para o desenvolvimento dos produtos ao mesmo tempo que vasculha o tamanho e o potencial desta clientela. A partir disso, estipula as estratégias de ações táticas, o denominado marketing mix⁸⁹⁵, ou composto mercadológico.⁸⁹⁶ Para a definição de elementos que influenciam nas decisões de marketing, verificam-se as “forças do ambiente” (comportamento dos consumidores, dos atacadistas e varejistas, da concorrência, do governo, etc.), para, então, definir os “elementos de marketing”, isto é, planejamento da forma do produto, preço, praça de distribuição, propaganda, promoção, publicidade, etc.⁸⁹⁷

Para tanto, é feito um estudo minucioso dos segmentos do macroambiente, quais sejam: ambiente social (diz com a demografia, estilo de vida e valores sociais), econômico (análise financeira do setor), político (atuação de partidos e grupos que representam aquela clientela e que podem influenciar na compra) e tecnológico (tecnologia do produto e de sua produção, bem como verificação da presença de produtos substitutos).⁸⁹⁸

Feita a pesquisa e tomadas as decisões, passa-se à valorização da marca⁸⁹⁹, ou seja, a criação do signo que o consumidor desejará portar. O marketing dá “quatro níveis de significado”⁹⁰⁰: atributos, benefícios, valores e personalidade. Faz parte da criação de símbolos gerar a ilusão de qualidade e necessidade do produto, o desenvolvimento das embalagens e rótulos. Esta é uma importante ferramenta na arte de direcionar o comportamento do consumidor, que é um leigo, portanto, desconhecedor do nível de excelência da mercadoria, se orientando, assim, pela arte visual.⁹⁰¹

⁸⁹⁴ Inclusive classificando-as conforme a pirâmide de Maslow, como se viu.

⁸⁹⁵ BOONE, Louise. KURTZ, David. **Marketing Contemporâneo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Ltc. 1998. p. 19 a 23.

⁸⁹⁶ Expressão criada por James Culliton em 1948. BASTA, Darci et al. **Fundamentos de marketing**. Série Gestão empresarial (FGV Manegment). – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 33.

⁸⁹⁷ BASTA, Darci et al. **Fundamentos de marketing**. Série Gestão empresarial (FGV Manegment). – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 18 a 25 e 33 a 35 e 39 a 49.

⁸⁹⁸ KOTLER, Philip. **Administração de marketing**: análise, planejamento, implementação e controle; Tradução Ailton Bomfim Brandão – 5. ed. – 7. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2008. p. 142 a 179. BASTA, Darci et al. **Fundamentos de marketing**. Série Gestão empresarial (FGV Manegment). – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 26 a 31.

⁸⁹⁹ KOTLER, Philip. **Administração de marketing**: análise, planejamento, implementação e controle; Tradução Ailton Bomfim Brandão – 5. ed. – 7. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2008. p. 393 a 406.

⁹⁰⁰ BASTA, Darci et al. **Fundamentos de marketing**. Série Gestão empresarial (FGV Manegment). – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 36.

⁹⁰¹ BASTA, Darci et al. **Fundamentos de marketing**. Série Gestão empresarial (FGV Manegment). – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 38.

Para toda a pesquisa, um foco é fundamental: o estudo do comportamento do consumidor. Para “tornar a venda supérflua”, como afirma Drucker em mais de uma obra, é indispensável o conhecimento dos fatores que influenciam as ações dos consumidores. Por isso, os profissionais do marketing avaliam em uma pesquisa interdisciplinar cada movimento dos consumidores. Como, o que, quanto, onde e como buscam, compram, usam e descartam os produtos.⁹⁰²

Há todo um aparato de inteligência de marketing com as mais variadas pesquisas, visando ocupar um lugar de destaque na memória dos consumidores, o chamado “posicionamento”. Assim, calculam seus passos, analisam as vantagens de suas atitudes a partir das técnicas trazidas pelo marketing como, por exemplo, a prática da segmentação de mercado, onde estipulam a imagem que pretendem passar para então focar em um público-alvo, facilitando a obtenção da meta maior: vender o máximo possível.⁹⁰³ Quem se preocupa com as consequências disso é o Direito.

“O consumidor comum não é mais forte que Ulisses que se fez amarrar ao mastro de seu navio para não sucumbir ao canto das sereias. O charme da onipresente sereia publicitária é poderosíssimo.”⁹⁰⁴

Adaptando-se, segundo as técnicas de marketing, principalmente as instituições financeiras⁹⁰⁵ vêm alterando a forma de fazer publicidade. Se antes os Bancos buscavam transmitir solidez e segurança ao público consumidor, passaram a anunciar crédito em programas populares, muitas vezes por meio de merchandising e ao não vir acompanhadas

⁹⁰² KOTLER, Philip. **Administração de marketing**: análise, planejamento, implementação e controle; Tradução Ailton Bomfim Brandão – 5. ed. – 7. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2008. p. 186. BASTA, Darci et al. **Fundamentos de marketing**. Série Gestão empresarial (FGV Manegment). – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 51 a 76.

⁹⁰³ BASTA, Darci et al. **Fundamentos de marketing**. Série Gestão empresarial (FGV Manegment). – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 77 a 136.

⁹⁰⁴ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 106.

⁹⁰⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao Consumidor e Superendividamento – Uma problemática Geral. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 17, p. 57-64, 1996. p. 58.

das devidas advertências sobre o risco desta contratação, infringem os princípios básicos da publicidade: o da veracidade e da ordem pública.⁹⁰⁶

Viu-se no crédito um meio de acelerar o crescimento global⁹⁰⁷ e, por isso, não se controla sua concessão. A ausência de controle produziu agressividade de estratégias de marketing com o fim de concorrer em um mercado altamente competitivo. A mudança no paradigma econômico, a partir de uma ideologia neoliberal, provocou alteração no aspecto moral que acompanhava o autoendividamento, deixando este de ser visto socialmente como algo vergonhoso.⁹⁰⁸

Evidente que não se pode culpar unicamente o marketing pelo aumento no número de superendividados, pois, além de haver diversos motivos para o superendividamento, também há diversos motivos que levam o consumidor a contratar a crédito. Quanto a isso, subscrevo as palavras de Maria Manuel Leitão et al:

[...] a procura pelo crédito ao consumo [...] depende de variáveis económicas, como o rendimento das famílias, a taxa de desemprego, a taxa de inflação, as taxas de juro, ou seja, as restrições no caso do crédito, a poupança e o quadro jurídico e fiscal, mas não é exclusivamente função delas. Relaciona-se igualmente com variáveis sociais e culturais, isto é, com as preferências dos consumidores, os estilos de vida e os valores culturais privilegiados. As opções de compra das famílias e o endividamento que a elas pode estar associado são também significativamente influenciadas pelo tipo de oferta de bens ou serviços disponíveis nos diferentes formatos comerciais e pelas técnicas de marketing por estes utilizadas. O alargamento da oferta comercial, a sua modernização, a rotação que imprime aos bens, os ciclos da moda, bem como a utilização de formas persuasivas de se dirigir aos consumidores, constituem incentivos naturais ao aumento do consumo.⁹⁰⁹

⁹⁰⁶ CASADO, Márcio Mello. Os Princípios Fundamentais como Ponto de Partida para uma Primeira Análise do Sobreendividamento no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 141 e 142.

⁹⁰⁷ Esta visão surgiu com D. Felipe II em 1.595 que propôs que se utilizasse o crédito para desenvolver o comércio. BATELLO, Silvio Javier. A (in)justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 219.

⁹⁰⁸ PEREIRA, Wellerson Miranda. Superendividamento e crédito ao consumidor: reflexões sob uma perspectiva de direito comparado. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 169-170.

⁹⁰⁹ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vítór; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 49.

Mas o fato é que, nos dias atuais, chega a ser desvantajosa a prática da compra à vista, pois a venda sem juros e sem desconto à vista torna a compra a prazo uma obrigação.⁹¹⁰ “Quando me deparo com anúncios de que um bem pode ser parcelado em 4 vezes mensais pelo preço à vista, logo penso: não há o preço à vista!”⁹¹¹.

O próprio inadimplemento não chega a ser absolutamente desvantajoso ao fornecedor, pois as empresas lançam tais créditos como prejuízo, figurando nos balanços como perdas ou contingenciamento imperativo, compensado na tributação, calculado o imposto com base no lucro, sem esquecer a venda das carteiras de devedores às agências de cobrança. “A bem da verdade, é interessante às financeiras e afins que o consumidor pague parte da dívida e atrase o resto. O que é contabilizado como prejuízo pode amanhã se tornar um resultado extraoperacional.”⁹¹² Chega-se a um ponto em que o investimento mais vantajoso é ter um devedor a juros altos, melhor que permitir que o devedor pague e se desvincule do fornecedor de crédito.⁹¹³ É um “Sistema em que se leva o outro à ruína e ainda se lucra com isso.”⁹¹⁴

Por tudo isso, no regulamento e estudo do superendividamento do consumidor, cresce a necessidade de atribuir ao credor uma parcela de risco do fracasso no cumprimento contratual. Como incentivador da compra feita por quem não tinha condições de pagar, deve, o fornecedor, assim como o consumidor inadimplente, arcar com os prejuízos decorrentes da frustração do contrato. Quem pretende vender a crédito tem o bônus de ganhar clientela, mas deve arcar com o ônus da insolvência desta. Como bem resume o brocardo romano: *Ubi commodum, ibi incommodum*, ou seja, quem obtém as vantagens, que arque com as

⁹¹⁰ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 240.

⁹¹¹ SANTOS, Cláudio Sinoé Ardenghy dos. **Superendividamento – A Fragilidade do Consumidor**. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/06de2005/superendividamento_claudiosionoeardenghydosantos.htm> Acesso em: 09.07.2007. p. 4.

⁹¹² SANTOS, Cláudio Sinoé Ardenghy dos. **Superendividamento – A Fragilidade do Consumidor**. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/06de2005/superendividamento_claudiosionoeardenghydosantos.htm> Acesso em: 09.07.2007. p. 9.

⁹¹³ MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 306.

⁹¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 307.

desvantagens. Na medida em que o crédito é fornecido sem maiores análises de reembolso e expandido a classes sem qualquer educação para o consumo, deve o fornecedor ser, em parte, responsabilizado.⁹¹⁵

A doutrina da concessão impudente de crédito (*Improvident credit extension*) que se tornou popular nos Estados Unidos nas décadas de 1960 e 70⁹¹⁶, estudada e bem definida por Vern Countryman,⁹¹⁷ tem encontrado adeptos, não apenas naquele país, mas no mundo.

Atualmente se pode dizer que houve uma redução em situações deste tipo em função da crise de 2008, ainda que haja uma forte exploração do crédito fácil. Dentre tantas desvantagens como o aumento do desemprego - um dos principais causadores do superendividamento passivo - e o reforço do marketing no intuito de fomentar a compra irrefletida⁹¹⁸, eis uma vantagem desta crise econômica. Assim como toda crise, a atual, embora traga mais malefícios do que benefícios, proporciona reflexão acerca do objeto da crise. Hoje, aparentemente, o mercado está sendo mais diligente na concessão de crédito em função do aumento do risco de insolvabilidade, ou melhor, da percepção deste risco.

4.4 Superendividamento: conceito, pressupostos e classificação

A partir das reflexões até aqui apresentadas, tem-se que o superendividamento é uma condição em que se encontra o indivíduo que possui um passivo (dívidas) maior que o ativo

⁹¹⁵ MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Uma lei para os consumidores superendividados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 76-89, jan/mar. 2007. p. 77.

⁹¹⁶ DANIEL, Tery Rebecca. **Improvident extension of credit as an extension of unconscionability**: Discover Bank v. Owens and a debtor's rights against credit card companies. In: *Cleveland State Law Review*, 2006. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 3.

⁹¹⁷ COUNTRYMAN, Vern. **Improvident Credit Extension**: A New Legal Concept Aborning?, 27 ME. L. VER. 1,23 (1975) Apud DANIEL, Tery Rebecca. **Improvident extension of credit as an extension of unconscionability**: Discover Bank v. Owens and a debtor's rights against credit card companies. In: *Cleveland State Law Review*, 2006. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 1.

⁹¹⁸ A Revista Veja publicou reportagem abordando este efeito da crise, onde analisa-se a irracionalidade do ato da compra desde que esta se tornou atividade de lazer. Segundo a matéria, a crise provoca um aumento do uso das técnicas que levam aos instintos dos consumidores provocando um aumento nas compras irrefletidas. Isso porque em tempos de crise, aquele que pensar um pouco não compra. Em tempos de incerteza somente quem está tomado pela emoção realiza uma compra. Como aduz a manchete da reportagem: "A ciência conseguiu mapear as regiões do cérebro ativadas no momento da compra. A conclusão: o consumo está muito mais ligado às emoções do que à razão." PEREIRA, Camila. TODESCHINI, Marcos. Anatomia do consumo. **Revista Veja**. São Paulo. 17 dez. 2008. Disponível em: http://veja.abril.com.br/171208/p_090.shtml Acesso em 16.01.2009.

(renda e patrimônio pessoal) e precisa de auxílio para reconstruir sua vida econômico-financeira.⁹¹⁹ Ou seja, a definição supõe necessariamente “una comparación entre elementos del pasivo del deudor y sus activos.”, incluindo-se os ativos futuros no cálculo”.⁹²⁰ Por outro lado, para uma análise conceitual mais profunda, necessária a demonstração dos pressupostos mais exigidos pela legislação estrangeira e pela doutrina sobre o assunto, bem como qualificar e determinar em categorias as diferentes espécies de superendividamento.⁹²¹

4.4.1 Conceito de superendividamento

A legislação francesa define o superendividamento⁹²² expressamente no art. L.330-1 do *Code de la Consommation* como: “A situação de superendividamento das pessoas físicas se caracteriza pela impossibilidade manifesta para o devedor de boa-fé de honrar o conjunto de suas dívidas não profissionais, exigíveis e vincendas”, ou no original: “La situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir [...]”⁹²³

A doutrina brasileira se baseou na lei francesa até mesmo para nomear o instituto, pois o termo superendividamento vem da tradução do neologismo *surendettement*, traduzindo-se *sur* que vem do latim e tem o significado de “super”.⁹²⁴

⁹¹⁹ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Superendividamento: propostas para um estudo empírico e perspectiva de regulação. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 329.

⁹²⁰ PAISANT, Gilles. El Tratamiento del Sobreendeudamiento de los Consumidores en Derecho Francés. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 42, p. 9-26, abr/jun 2002. p. 14.

⁹²¹ Subtítulo baseado no artigo SCHMIDT NETO, André Perin. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 71, jul./set. 2009. p. 9-33.

⁹²² COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 10. PAISANT, Gilles. A Reforma do Procedimento de Tratamento do Superendividamento pela Lei de 29 de Julho de 1998, Relativa a Luta contra as Exclusões. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 111. KHAYAT, Danielle. **Le droit du surendettement des particuliers**. Paris: LGDJ, 1997. p. 10-11.

⁹²³ Tradução livre.

⁹²⁴ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 231. Nota 4.

Não há uma quantia exata que defina o valor mínimo do débito a partir do qual se pode considerar o devedor como superendividado, esta aferição se dá mediante uma comparação entre o ativo e o passivo do indivíduo e sua família, atentando para as particularidades do caso, como as necessidades básicas destes.⁹²⁵

Também não há um perfil definido do superendividado. Todos os sexos, profissões, raças e religiões estão sujeitas a sofrer deste mal.⁹²⁶ O que diversas pesquisas têm buscado é definir quais as características mais frequentes dos superendividados, mas não se pode tentar encontrar um conceito através deste perfil.

Da mesma forma, não se pode tomar como superendividamento todos os casos de descumprimento, isso porque, embora o endividamento excessivo gere a inadimplência, o inverso não é necessariamente correto. “O incumprimento não significa necessariamente uma incapacidade, mesmo que temporária, de o devedor proceder ao pagamento. Pode tratar-se apenas de um lapso do devedor”.⁹²⁷ Neste trabalho, pretende-se tratar dos casos de descumprimento contratual que tiveram por base o superendividamento, mas outros podem ser os motivos para tanto. Assim, que não se confundam descumprimento e superendividamento, ainda que se esteja tratando de ambos os temas neste trabalho.

O superendividamento “diz respeito aos casos em que o devedor está impossibilitado, de forma duradoura ou estrutural, de proceder ao pagamento de uma ou mais dívidas. Uma parte da doutrina considera ainda como sobreendividamento as situações em que o devedor, apesar de continuar a cumprir os seus compromissos financeiros, o faz com sérias dificuldades.”⁹²⁸

⁹²⁵ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 119.

⁹²⁶ PAISANT, Gilles. El Tratamiento del Sobreendeudamiento de los Consumidores en Derecho Francés. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 42, p. 9-26, abr/jun 2002. p. 9.

⁹²⁷ MARQUES, Maria Manuel Leitão; FRADE Catarina. **Regular o Sobreendividamento**. Disponível em: <<http://www.gplp.mj.pt/home/conferencias/cire/Maria%20Manuel%20Leit%C3%A3o%20Marques.pdf>> Acesso em: 09.07.2007. p. 3 e 4.

⁹²⁸ MARQUES, Maria Manuel Leitão; FRADE Catarina. **Regular o Sobreendividamento**. Disponível em: <<http://www.gplp.mj.pt/home/conferencias/cire/Maria%20Manuel%20Leit%C3%A3o%20Marques.pdf>> Acesso em: 09.07.2007. p. 4.

Em uma definição simplista, mas didática, poder-se-ia dizer que a falência está para a insolvência, como a recuperação de empresas (antiga concordata)⁹²⁹ está para o superendividamento. Isto é, de acordo com a legislação atual, as empresas possuem um meio de recuperar-se, o poder público concede anistias de multas de impostos e de dívidas para diversos setores⁹³⁰ e chega até mesmo a injetar dinheiro em algumas companhias, como nos bancos, o que se viu na crise econômica de 2008, mas, para a pessoa física, resta somente entregar todo o patrimônio penhorável aos credores.

Há algumas semelhanças entre a insolvência civil e a falência comercial, como a formação de uma massa de bens, o concurso dos credores, a universalidade do juízo, administração judicial da massa e ainda a extinção de obrigações com o uso dos bens da massa.⁹³¹ Mas note-se que estas características não visam remediar a situação e isso porque a falência se dá em casos sem solução, nas situações em que há possibilidade de evitar a ruína, as empresas se valem de mecanismos que foram sendo aperfeiçoados ao longo dos anos. O insolvente não teve esta sorte e não goza de qualquer auxílio legal.

A insolvência, como se sabe, assim como a falência, serve principalmente para reunir o patrimônio restante e dividir entre os credores. Às pessoas jurídicas, tal procedimento pode ser proveitoso quando não há mais solução para determinada sociedade. Para a pessoa física, no entanto, este procedimento é desastroso, podendo gerar a mendicância de uma família inteira.

Interessante diferenciar a figura ora estudada, do instituto da insolvência.⁹³² A insolvência civil, na prática, é inexistente, sendo esquecida no ordenamento jurídico brasileiro⁹³³, até mesmo porque o procedimento leva muitos anos e gera a impossibilidade de

⁹²⁹ Embora haja uma clara distinção entre os institutos (GIANCOLI, Brunno Pandori. **O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 78 a 86), Brunno Giancoli defende, ao longo de seu livro, a possibilidade de utilizar por meio de analogia, no tratamento do superendividamento, os dispositivos da Lei 11.101/05 no que toca a recuperação judicial das empresas.

⁹³⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao Consumidor e Superendividamento – Uma problemática Geral. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 17, p. 57-64, 1996. p. 63.

⁹³¹ BATELLO, Silvio Javier. A (in)justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 225. Nota 42.

⁹³² GIANCOLI, Brunno Pandori. **O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 86 e 87.

⁹³³ Motivo pelo qual José Reinaldo de Lima Lopes bem ressalta em prefácio ao livro *Direitos do Consumidor Endividado* que a afirmação de que os altos juros no Brasil se justificam pela tendência do Judiciário em

o insolvente administrar plenamente seu patrimônio, impedindo que pratique atos da vida cotidiana.

O Código Civil prevê, no art. 955, que “Procede-se à declaração de insolvência toda vez que as dívidas excedam à importância dos bens do devedor.” O Código de Processo Civil considera insolvente aquele devedor cujo valor dos bens for inferior ao de suas dívidas, trazendo o procedimento para execução coletiva em concurso universal de credores (art. 748 a 786-A do CPC). O art. 760, notadamente o inciso III, demonstra o quanto este procedimento é ligado à culpa do devedor. Afora a regra do art. 778 do CPC, que prevê a extinção das obrigações impagas após o período de cinco anos a contar da data do encerramento da insolvência, os demais dispositivos destinam-se unicamente à satisfação dos interesses dos credores, motivo pelo qual urge uma regulamentação para a recuperação dos devedores brasileiros excessivamente endividados.⁹³⁴

Daí a relevância do tema que diz com o superendividamento, definido pela professora Cláudia Lima Marques, como: “[...] a impossibilidade global de o devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o fisco, oriundas de delitos e de alimentos).”⁹³⁵

Maria Manuel Leitão Marques, em definição semelhante, diz que o superendividamento caracteriza-se “pela impossibilidade manifesta de o devedor de boa-fé fazer face ao conjunto da suas dívidas não profissionais vencidas ou vincendas.”⁹³⁶

proteger os devedores, carece de qualquer comprovação científica, quer por estudos jurídicos, quer por estudos econômicos. O ilustre professor complementa reconhecendo a inutilidade deste instituto e a necessidade da criação de uma nova solução para os casos de falência da pessoa física. MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 8 e 9.

⁹³⁴ MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Uma lei para os consumidores superendividados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 76-89, jan/mar. 2007. p. 82. LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao Consumidor e Superendividamento – Uma problemática Geral. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 17, p. 57-64, 1996. p. 62.

⁹³⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p.256.

⁹³⁶ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 235.

O Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra chega a fazer diversas classificações quanto aos conceitos. Pelo “Modelo subjectivo” é “a situação em que o devedor se ache impossibilitado de cumprir com os seus compromissos financeiros, sem pôr em risco a subsistência do agregado familiar”. O “Modelo objectivo e quantitativo – o grau de esforço”, “considera como sobreendividados aqueles cujo grau de esforço ultrapassar um certo nível (valor crítico), a fixar normativamente.” Neste há uma grande discussão sobre a impossibilidade de estipulação de um valor único para o grau de esforço. Por fim, para o “Modelo administrativo”, “serão considerados sobreendividados todos os consumidores que tenham incorrido em incidentes por não pagamento dos seus débitos, registrados oficialmente ou declarados em tribunal”.⁹³⁷

4.4.2 Pressupostos para a caracterização

A criação de uma tutela estatal ao superendividado é necessária face à crescente oferta de crédito irresponsável. Deve ficar claro, contudo, quais são os devedores que serão beneficiados por essa tutela, sob pena de provocar um “paternalismo exacerbado ao mais fraco em detrimento completo do fornecedor” o que gerará, como bem ressalta Karen Bertoncello, uma “nova ótica sobre a confiança e a lealdade das relações, para a qual será necessário questionarmos até que ponto estaremos dispostos a comprometer a visão atual que destinamos à atuação responsável e diligente dos indivíduos nas relações sociais”.⁹³⁸

Os pressupostos para a caracterização do que se vem chamando de superendividamento dependem, geralmente, de definição legal. O direito alienígena estabelece os requisitos para que a situação fática concreta possa ser definida como tal. No Brasil, ante à ausência de legislação específica, a doutrina tem apontado alguns requisitos com

⁹³⁷ Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. **Endividamento e Sobreendividamento das Famílias Conceitos e Estatísticas para a sua Avaliação**. Disponível em: <http://www.oec.fe.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf_estudos_realizados/estudo_parte2%20cap_1.pdf> Acesso em: 09.07.2007. p. 15 a 20.

⁹³⁸ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Bancos de Dados e Superendividamento do Consumidor: cooperação, cuidado e informação. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 50. p. 36-57, 2004. p. 49. BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 54.

base na lógica e no direito comparado.⁹³⁹ O curioso é que a iminência da exclusão social é muito maior nos países que não possuem lei sobre o superendividamento – como o Brasil⁹⁴⁰ - enquanto países com uma desigualdade social evidentemente menor já, há algumas décadas, possuem lei sobre o assunto.⁹⁴¹

Os pressupostos objetivos mais mencionados são: tratar-se de pessoa física⁹⁴² – do contrário estar-se-ia falando de recuperação de empresas e falência, matéria regulada por lei própria⁹⁴³ - cujas dívidas não decorram de sua atividade profissional.⁹⁴⁴ Este último pressuposto previsto na legislação francesa tem sido criticado e debatido naquele país. A Corte de Cassação francesa, em 7 de maio de 2002, definiu “dívida profissional” em aresto assim redigido: “[...] Entende-se por dívida profissional, aquela que é originada para as necessidades ou por ocasião da atividade profissional do devedor. *Cassation* (1ª Câmara Cível) 31 de março de 1992”.⁹⁴⁵ Gilles Paisant acrescenta: “El Tribunal de casación ha definido la deuda profesional excluida. Es aquella que ha nacido con motivo o para las necesidades de la actividad profesional del deudor.”⁹⁴⁶ O motivo dessa proibição encontra-se na finalidade da lei de proteção ao superendividado, qual seja, conter a proliferação do crédito desmedido ao consumo.

⁹³⁹ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 45.

⁹⁴⁰ Ou qualquer outro país latino americano, já que nenhum possui lei de tratamento do superendividamento.

⁹⁴¹ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Superendividamento: propostas para um estudo empírico e perspectiva de regulação. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 328.

⁹⁴² KHAYAT, Danielle. **Le droit du surendettement des particuliers**. Paris: LGDJ, 1997. p. 21-24. CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Superendividamento: propostas para um estudo empírico e perspectiva de regulação. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 329. KIRCHNER, Felipe. Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, n. 65, p. 63-113, jan./mar. 2008. p. 73.

⁹⁴³ Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005.

⁹⁴⁴ KHAYAT, Danielle. **Le droit du surendettement des particuliers**. Paris: LGDJ, 1997. p. 38-41. CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Superendividamento: propostas para um estudo empírico e perspectiva de regulação. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 329.

⁹⁴⁵ <http://sos-net.eu.org/surendett/dette.htm#19> Apud BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 46. (tradução livre) No original: “- Il faut entendre par dette professionnelle, celle qui est née pour les besoins ou à l’occasion de l’activité professionnelle du débiteur. *Cassation* (1^{ère} chambre civile) 31 mars 1992.”

⁹⁴⁶ PAISANT, Gilles. El Tratamiento del Sobreendeudamiento de los Consumidores en Derecho Francés. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 42, p. 9-26, abr/jun 2002. p. 15.

Quanto à natureza do crédito, não há restrições. Pode envolver tanto débitos contratuais, quanto legais, exceto, quanto aos últimos, de natureza alimentar e multas penais reparatórias. Antes de 2003, excluía-se também as dívidas fiscais, no entanto, a reforma alterou o diploma legal francês para incluí-las na lei do superendividamento.

No que toca à extensão do endividamento, não há como estabelecer um valor para se caracterizar o superendividado.⁹⁴⁷ Como já referido, tal condição independe da quantia devida, mas sim, que seus ganhos sejam inferiores aos seus gastos, e seu passivo superior ao ativo, de modo a comprometer-lhe a dignidade.

Outro pressuposto relevante é o da “impossibilidade manifesta”.⁹⁴⁸ O termo é da legislação francesa e, embora não conste desta lei a definição exata, é entendimento jurisprudencial pacífico nos tribunais franceses. É que a falta de liquidez momentânea não caracteriza o superendividamento.⁹⁴⁹ Para que se configure como tal, deve-se fazer um estudo do ativo patrimonial mobiliário e imobiliário, mais a renda mensal familiar e diminuir o passivo acumulado, bem como seus encargos, mais os gastos decorrentes do mínimo vital. A diferença negativa e um resultado que evidencie a impossibilidade de cumprimento, demonstrando a tendência de aumento do passivo daquela família, caracterizam a situação.

Quando for possível, por qualquer meio idôneo, honrar a dívida, não se pode considerar o devedor como vítima do superendividamento, como bem afirma o seguinte aresto francês: “Não há superendividamento quando o devedor dispuser de bens imobiliários independentes de sua residência. Corte de Apelação de Versailles – 4 de abril de 1991”.⁹⁵⁰

⁹⁴⁷ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 47.

⁹⁴⁸ KHAYAT, Danielle. **Le droit du surendettement des particuliers**. Paris: LGDJ, 1997. p. 37-38. BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 48.

⁹⁴⁹ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 120.

⁹⁵⁰ <http://sos-net.eu.org/surendett/dette.htm#19> Apud BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 49. (tradução livre). No original: “Il n’y a pas surendettement lorsque le débiteur dispose de biens immobiliers indépendants de son logement. Cour d’Appel de Versailles – 4 avril 1991.”

Quanto ao mínimo vital, trata-se de um montante mínimo para garantir a sobrevivência digna do devedor. Não se pode comprometer todos os recursos do devedor, ele deve “conservar alguns para sus propias necesidades.”⁹⁵¹

Outra exigência para a concretização da situação de endividamento excessivo é a boa-fé.⁹⁵² Não se afasta a presunção de boa-fé. No entanto, a ausência comprovada desta impede o alcance ao auxílio do Estado ao superendividado. A prova se faz com, “por exemplo, declarações inverídicas, despesas supérfluas ou suntuosas, gestão irresponsável”.⁹⁵³

A exigência deste requisito foi debatida durante a preparação da primeira lei francesa sobre o tema, em 31 de dezembro de 1989. O Senador Leron entendeu que deveria ser suprimida a exigência de boa-fé para que a lei alcançasse a todos os superendividados. Vencido o senador, a boa-fé virou requisito de admissibilidade da demanda.⁹⁵⁴

Nos países em que há auxílio próprio ao superendividado, incentiva-se o pedido realizado pelo casal, evidência de boa-fé, na medida em que permite a análise global dos recursos familiares, impedindo eventual fraude por meio de dissimulação da situação econômica familiar, ao omitir a condição financeira do outro cônjuge.

A jurisprudência francesa costuma levar em consideração “o número de empréstimos; o montante e a destinação dos fundos; notadamente o seu caráter suntuoso; os motivos que conduziram ao endividamento; o nível intelectual que impede a ingenuidade e a torna

⁹⁵¹ PAISANT, Gilles. El Tratamiento del Sobreendeudamiento de los Consumidores en Derecho Francés. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 42, p. 9-26, abr/jun 2002. p. 22.

⁹⁵² KHAYAT, Danielle. **Le droit du surendettement des particuliers**. Paris: LGDJ, 1997. p. 27-37. CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Superendividamento: propostas para um estudo empírico e perspectiva de regulação. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 329. KIRCHNER, Felipe. Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, n. 65, p. 63-113, jan./mar. 2008. p. 74.

⁹⁵³ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 49.

⁹⁵⁴ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 245 a 246. KHAYAT, Danielle. **Le droit du surendettement des particuliers**. Paris: LGDJ, 1997. p. 27-37.

inescusável; o perfil socioprofissional etc.”⁹⁵⁵, assim determina se se trata de superendividado ativo consciente ou inconsciente, como a seguir se verá.

Surge a dúvida se a questão é de boa-fé contratual ou de boa-fé processual, isto é, “Se será o comportamento do superendividado analisado na ocasião em que firmara os diversos contratos ou na oportunidade em que ingressa com o procedimento para a obtenção do benefício legal”.⁹⁵⁶ Aparentemente, ambas, no entanto há forte divergência jurisprudencial, notadamente se a imprevidência constituiria uma excludente da boa-fé. Não parece acertada a corrente que entende que este elemento operaria como excludente, pois a imprevidência é justamente uma característica do superendividamento.

Outro elemento que não pode ser tido como indicador de ausência de boa-fé é a origem delituosa do superendividamento. Por exemplo, se o devedor tornou-se excessivamente endividado em virtude dos encargos e multas que sofreu em decorrência de uma elusão fiscal, não pode ser mais penalizado pela identificação de falta de boa-fé.

4.4.3 Classificação

Conceituado o instituto, quer por meio da definição, quer pela determinação de seus principais elementos, passa-se a classificar o superendividamento.

Conforme classificação da professora Maria Manuel Leitão Marques⁹⁵⁷ - baseada na jurisprudência francesa que, por sua vez, fundou-se nos trabalhos preparatórios da Lei Neiertz⁹⁵⁸ -, dois são os tipos de superendividado: ativo e passivo. O primeiro deles é aquele consumidor que se endivida voluntariamente, induzido pelas estratégias de marketing das

⁹⁵⁵ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 246.

⁹⁵⁶ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevich. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 50.

⁹⁵⁷ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 2.

⁹⁵⁸ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 117.

empresas fornecedoras de crédito; o segundo – passivo - aquele que se endivida em decorrência de fatores externos chamados de “acidentes da vida”, tais como desemprego; divórcio; nascimento, doença ou morte na família; necessidade de empréstimos suplementares; redução do salário; alta das taxas de juros, alta ou baixa do dólar, ou outro fator que afete a conjuntura econômica tornando-a desfavorável; etc.⁹⁵⁹ Nas palavras do mestre Gilles Paisant, “El sobreendeudamiento pasivo se refiere a individuos que no gozan de bastantes recursos para satisfacer sus necesidades mínimas de consumo, frente a los sobreendeudados activos que han abusado del crédito.”⁹⁶⁰ Isto é, sofrem mais com uma insuficiência de recursos do que com um excesso de dívidas.⁹⁶¹

⁹⁵⁹ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 11. LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável**: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 20 a 21. BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz, LIMA, Clarissa Costa de. Tratamento do crédito ao consumo na América Latina e superendividamento. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado**: Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 203. MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado**: Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 258. CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Superendividamento: propostas para um estudo empírico e perspectiva de regulação. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado**: Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 329. Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. **Endividamento e Sobreendividamento das Famílias Conceitos e Estatísticas para a sua Avaliação**. Disponível em: <http://www.oec.fe.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf_estudos_realizados/estudo_parte2%20cap_1.pdf> Acesso em: 09.07.2007. p. 9. OLIBONI, Marcella Lopes de Carvalho Pessanha. O Superendividamento do Consumidor Brasileiro e o Papel da Defensoria Pública: criação da comissão de defesa do consumidor superendividado. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado**: Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 347 e 348. CONSALTER, Rafaela. **O Perfil do Superendividado no Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <http://www.adpergs.org.br/restrito/arq_artigos30.pdf> Acesso em: 09.07.2007. p. 3. MARQUES, Maria Manuel Leitão; FRADE Catarina. **Regular o Sobreendividamento**. Disponível em: <<http://www.gplp.mj.pt/home/conferencias/cire/Maria%20Manuel%20Leit%C3%A3o%20Marques.pdf>> Acesso em: 09.07.2007. p. 4. RAMSAY, Iain. **Comparative Consumer Bankruptcy** – Symposium: Consumer bankruptcy and credit in the wake of the 2005 act. In: University of Illinois Law Review, 2007. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 3.

⁹⁶⁰ PAISANT, Gilles. El Tratamiento del Sobreendeudamiento de los Consumidores en Derecho Francés. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 42, p. 9-26, abr/jun 2002. p. 12.

⁹⁶¹ PAISANT, Gilles. A Reforma do Procedimento de Tratamento do Superendividamento pela Lei de 29 de Julho de 1998, Relativa a Luta contra as Exclusões. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado**: Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 108. BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz, LIMA, Clarissa Costa de. Tratamento do crédito ao consumo na América Latina e superendividamento. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado**: Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 205.

No caso do superendividamento ativo, o consumidor “voluntariamente”⁹⁶² se endivida em virtude de má gestão do orçamento familiar, adquirindo um montante de dívidas superior ao que pode pagar. “Em suma, no jargão popular, devedor ativo seria aquele que ‘gasta mais do que ganha’.”⁹⁶³

Esta categoria se subdivide em duas: O superendividamento ativo consciente e inconsciente.⁹⁶⁴ O consciente é aquele que, de má-fé, contrai dívidas convicto de que não poderá honrá-las, visando ludibriar o credor e deixar de cumprir sua prestação sabendo que o outro contratante não terá como executá-lo. Isto é, a intenção do devedor, desde a contratação, já era de não pagar. Age com reserva mental. Este superendividado não recebe o apoio estatal para recuperar-se. Se for considerado que os pressupostos não são apenas para a proteção, mas sim para a própria condição de superendividado, pode-se dizer que este nem mesmo se enquadraria no conceito, pois ausente o requisito da boa-fé.⁹⁶⁵

Por outro lado, o superendividado ativo inconsciente é aquele que agiu impulsivamente e que, de maneira imprevidente, deixou de fiscalizar seus gastos. É o consumidor imprevidente que, embora não tenha sido acometido por nenhum fato superveniente, terminou por superendividar-se por pura inconsequência e não com dolo de lograr, enganar. Também é o caso do chamado “pródigo”.⁹⁶⁶ Neste caso, o fenômeno do superendividamento se dá em função de que a sociedade moderna de consumo induz as

⁹⁶² As aspas são necessárias na medida em que a voluntariedade do consumidor é relativa diante do bombardeio publicitário e das estratégias de marketing que de certa forma viciam a vontade do consumidor movido por impulso.

⁹⁶³ CONSALTER, Rafaela. **O Perfil do Superendividado no Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <http://www.adpergs.org.br/restrito/arq_artigos30.pdf> Acesso em: 09.07.2007. p. 3.

⁹⁶⁴ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 297. LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 21.

⁹⁶⁵ “Desde já é necessário estabelecer que o sobreendividado é aquele que assume o compromisso de boa-fé, objetivamente considerada, sempre contando que poderá adimplir as obrigações.” CASADO, Márcio Mello. Os Princípios Fundamentais como Ponto de Partida para uma Primeira Análise do Sobreendividamento no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 130.

⁹⁶⁶ Como bem salienta José Reinaldo de Lima Lopes no prefácio ao livro *Direitos do Consumidor Endividado*, hoje já se sabe que o que antes se conhecia como “pródigo”, por vezes em tom pejorativo, são pessoas, muitas vezes, depressivas, ou até mesmo com distúrbios de personalidade e por isso quedam-se ainda mais suscetíveis aos efeitos colaterais do crédito por não saber lidar com este. São pessoas que“(…) não podem em geral gerir de forma ‘responsável’ suas finanças.” MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 6. Vale ressaltar, no entanto, que nem todo superendividado ativo inconsciente é pródigo, o que se está aqui a dizer é que todo pródigo é um forte candidato a superendividado ativo inconsciente.

aquisições supérfluas e desnecessárias, pelo simples impulso da compra. Isto é, “o devedor superestima o seu rendimento por incapacidade de administrar seu orçamento ou por ceder às tentações do consumo e da publicidade, na busca por um padrão de vida mais elevado, que ele próprio (psicológica e socialmente) se impõe.”⁹⁶⁷ O crédito extremamente facilitado agrava esta situação, na medida em que gera um endividamento crônico.

Os tribunais estrangeiros costumam ponderar o comportamento do superendividado ativo inconsciente, quando da análise dos pedidos de auxílio. Há julgados que deferem os pedidos àqueles devedores que, embora consideravelmente superendividados, chegaram a esta condição por imaturidade ou displicência, havendo, por outro lado, decisões que indeferem o apoio àqueles que contraíram novas dívidas, não para quitar as antigas, mas para manter o nível de vida.⁹⁶⁸ Ou seja, de regra o superendividado ativo consciente não recebe o apoio do Estado, e o superendividado passivo o recebe. Já o superendividado ativo inconsciente ficará na dependência da discricionariedade do julgador.

O maior problema está em diferenciar claramente o consciente (fraudulento) do inconsciente (sem malícia) no caso concreto.⁹⁶⁹ Trata-se de tarefa extremamente árdua e delicada que, ao final das contas, traduz-se em uma análise da existência de boa-fé por parte do consumidor.

Outrossim, não se pode olvidar, como já referido em tópico anterior, que a conduta do consumidor é pautada por um comportamento quase que irracional, provocado pelo forte aparato publicitário das empresas. Cientistas do ramo da publicidade, marketing, entre outros, estudam por anos o comportamento do consumidor e as formas de induzi-lo a consumir. Nos centros comerciais, nas galerias, nas lojas, há um processo de climatização, de construção de uma ambiência em “primavera-perpétua” para celebrar o consumo. “Vivemos desta maneira ao abrigo dos signos e na recusa do real. [...] A imagem, o signo, a mensagem, tudo o que

⁹⁶⁷ KIRCHNER, Felipe. Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, n. 65, p. 63-113, jan./mar. 2008. p. 74.

⁹⁶⁸ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevitz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 57.

⁹⁶⁹ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 118. BERTONCELLO, Karen Rick Danilevitz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 57.

‘consumimos’ é a própria tranquilidade selada pela distância ao mundo e que ilude, mais do que compromete, a alusão violenta ao real”.⁹⁷⁰ A relação agressiva, irracional da sociedade capitalista, e o indivíduo buscando realizar-se, levam a práticas que exaltem o belo, o lúdico, o prazeroso. O comportamento impulsivo atinge a todos os cidadãos, mesmo aos consumidores mais letrados, com alta formação que, supõe-se, não são tão facilmente ludibriáveis, mas, ainda assim, são pegos pelas armadilhas do marketing que cria necessidades e manipula as formas de demonstração de poder dos consumidores, levando-os a crer que serão admirados e considerados bem sucedidos, bonitos ou felizes se possuírem determinado produto. Exemplo desta publicidade está justamente nas instituições de fornecimento de crédito que captam clientes por meio da demonstração de confiança, personalismo e segurança e, por isso, geralmente veiculam informes publicitários com conteúdo emocional e não racional do comportamento do consumidor.

Este desejo de viver acima de suas possibilidades econômicas para obter tudo aquilo que a mídia de massa trata como indispensável, tem como consequência inevitável a ocorrência do fenômeno do superendividamento. Sem falar dos casos de consumo compulsivo, ainda mais graves, dada a vulnerabilidade deste tipo de consumidor, tido até mesmo como doente vez que comparado a patologias como cleptomania, bulimia, ludopatia, entre outras.⁹⁷¹ Esta doença também tem nome: oniomania ou oneomania, do grego *onios*, que significa compra. Para estes, o ato de comprar se relaciona unicamente ao suprimento de um desejo incontrolável, não pelo produto, mas pelo ato de consumir, desimportando o desfrute ou utilidade do bem adquirido.⁹⁷²

Paola Emilia Ciceroni discorre sobre o tema em texto intitulado “loucos por compras”⁹⁷³. Nele, comenta a associação entre o prazer da compra como forma de combate a frustração, a solidão, tristeza, raiva ou mesmo transtornos psiquiátricos e o prazer da dependência química, frisando que, embora ambos os sexos sejam atingidos, as mulheres buscam ajuda com muito mais frequência.

⁹⁷⁰ BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 25.

⁹⁷¹ TOLEDANO BARRERO, Vicente. La protección al consumidor sobreendeudado: la experiencia francesa. In: **Credito al consumo y transparencia bancaria**. Madrid: Civitas, 1998. p. 493.

⁹⁷² BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 59.

⁹⁷³ CICERONE, Paola Emilia. Loucos por compras. **Mente e Cérebro**, São Paulo, n. 176, p. 44-49, set. 2007. Edição de aniversário.

Segundo reportagem publicada, em outubro de 2007, pelo jornal Zero Hora, de 1% a 6% da população mundial sofre deste mal. Ansiosas, as pessoas comprometem grande parte do orçamento familiar com produtos supérfluos, visando somente a sensação de alívio proporcionada pela compra.⁹⁷⁴ A compra compulsiva pode ser explicada pela teoria freudiana a qual afirma que, ao longo da vida, passamos por cinco fases. Uma falha na primeira delas, a oral, quando o prazer é obtido pela boca, pode acarretar um vazio que a leva a buscar uma gratificação psicológica ligada ao ato de receber. São estas pessoas que comem ou bebem demais, jogam compulsivamente, se drogam – ou compram.⁹⁷⁵

Taxadas de fúteis ou perdulários, tais indivíduos, na realidade, sofrem de uma patologia que pode ter origem até mesmo no transtorno bipolar, enfermidade ligada à alteração de humor. Recentemente se constatou a hereditariedade desta doença, bem como pesquisas recentes têm apontado para as anfetaminas presentes em remédios para emagrecer como causa em alguns casos.⁹⁷⁶ Assim, muitos podem ser os fatores que desencadeiam este comportamento.⁹⁷⁷

Para o combate, já há inclusive centros de tratamento como os Shopaholics Anonymous, nos Estados Unidos e Canadá, e os Devedores Anônimos no Brasil, em funcionamento há mais de uma década.⁹⁷⁸

Embora grande parte da população faça compras por impulso de vez em quando – para a alegria dos marqueteiros -, o comprador compulsivo não cede a essa pressão eventualmente. Cede sempre e diariamente, caracterizando uma falta de controle patológica.

[...]

Segundo Luciana Nerung, do Departamento de Psiquiatria Biológica da Sociedade de Psiquiatria do Rio Grande do Sul, muitos vendedores de lojas, ao identificar um comprador compulsivo, aproveitam-se da falta de controle para incitar à venda.⁹⁷⁹

Assim como a compra racional é positiva, atendendo a necessidades e movimentando a economia, o comportamento compulsivo é danoso não apenas para o próprio doente, mas até mesmo para a economia, pois um superendividado, por mais viciado em compras que seja,

⁹⁷⁴ LISBOA, Silvia. Comprar pode ser um vício. **Zero Hora**, Porto Alegre, 13 out. 2007, caderno Vida. p. 1.

⁹⁷⁵ SCLIAR, Moacyr. Quando comprar é doença. **Zero Hora**, Porto Alegre, 13 out. 2007, caderno Vida. p. 2.

⁹⁷⁶ LISBOA, Silvia. Comprar pode ser um vício. **Zero Hora**, Porto Alegre, 13 out. 2007, caderno Vida. p. 4.

⁹⁷⁷ O cinema já retratou estes casos como no filme hollywoodiano “Os delírios de consumo de Becky Bloom”, baseado em livro homônimo de Sophie Kinsella, que apesar de partir de um roteiro um tanto simplório, pode ser interpretado como uma crítica à sociedade consumista.

⁹⁷⁸ SCLIAR, Moacyr. Quando comprar é doença. **Zero Hora**, Porto Alegre, 13 out. 2007, caderno Vida. p. 2 e

LISBOA, Silvia. Comprar pode ser um vício. **Zero Hora**, Porto Alegre, 13 out. 2007, caderno Vida. p. 5.

⁹⁷⁹ LISBOA, Silvia. Comprar pode ser um vício. **Zero Hora**, Porto Alegre, 13 out. 2007, caderno Vida. p. 1.

só gera a inadimplência. Portanto, embora pareça vantajoso aos comerciantes que as pessoas comprem descontroladamente, isso não é verdade, pois estes doentes são, com frequência, maus pagadores.

Não apenas os psicologicamente transtornados sofrem deste mal, pois o vício por esta satisfação chega a uma imensa parcela, perfeitamente sadia mentalmente, que transforma tudo em motivo para a compra, quer porque se sente muito bem, quer porque se sente muito mal, o que gera, a bem da verdade, uma desnecessidade de motivação para desencadear a ação de comprar. O ato da compra de um produto deixa de dizer respeito com a necessidade da aquisição daquele bem, para assumir a forma de consolo, após uma discussão ou recompensa, depois da realização de um trabalho.

Vale abrir parênteses para ponderar o fato de que é para estes que cabe o problema estudado neste trabalho, pois quanto aos primeiros – os diagnosticados como doentes – há o art. 4º, inc. II do Código Civil que os considera incapazes. Por isso, a perda da eficácia deste contrato não se dá pela revisão face à excessiva onerosidade, mas sim em função da invalidade do negócio jurídico. Não há necessidade destes se encontrarem superendividados, basta que se comprove que este acordo foi firmado por pessoa incapaz em decorrência de doença mental, que se atingirá a validade do acordo. Aqueles que forem simplesmente compradores compulsivos, sem diagnóstico psiquiátrico conclusivo sobre sua incapacidade mental para tomar decisões, deverão cumprir seus acordos, podendo, tão-somente rever a forma deste adimplemento caso se encontrem falidos.

De qualquer modo, mesmo os consumidores não considerados incapazes têm sua racionalidade comprometida pelo modelo de sociedade consumista. Embora intrínseco à natureza humana de modo instintivo, já que se associa “a instintos atávicos de caçadores e coletores”⁹⁸⁰, a constatação deste fenômeno é recente. A expressão “mania de comprar” somente surgiu em 1915, com um psiquiatra alemão, chamado Emil Kraepelin. No entanto, tomou conta da sociedade moderna de tal forma que dificilmente alguém dirá que não conhece um consumidor que vai ao shopping com o único intuito de passear, em uma atividade muitas vezes solitária que, em muitos, chega a causar vergonha e embaraço. Poucos admitem que deixam de passear em parques para caminhar pelos corredores de shoppings, o

⁹⁸⁰ CICERONE, Paola Emilia. Loucos por compras. **Mente e Cérebro**, São Paulo, n. 176, p. 44-49, set. 2007. Edição de aniversário. p. 47. Citando Roberto Pani.

que conseqüentemente leva ao consumo, pois o consumidor mais cedo ou mais tarde sucumbirá diante de tantas ofertas e será seduzido pelo prazer da compra. Hoje, segundo estudos recentes, já se sabe que a compra por impulso não se trata de capricho, mas sim de alterações cerebrais, trabalhando como uma “espécie de droga leve”⁹⁸¹ liberando “neurotransmissores como dopamina, adrenalina e serotonina”, segundo afirma o professor Roberto Pani.⁹⁸²

Além disso, serve de meio para classificação do superendividado, o analfabetismo funcional.⁹⁸³ Caso a análise da situação individual do consumidor demonstre que tal relação social de consumo era demasiadamente complexa para o nível cultural daquele consumidor, tem-se, em princípio, um superendividado ativo inconsciente.

Assim, pode-se afirmar que, com base no CDC⁹⁸⁴, dificilmente um consumidor superendividado ativo inconsciente deixará de ter seus contratos revisados, pois se vislumbra a onerosidade excessiva, bem como os requisitos para a revisão exigidos por este diploma legal. O consumidor, na condição de vulnerável, não pode ter negado o seu direito de ser tratado, revisando seu contrato de consumo, porque se agiu de modo imprevidente, o fez movido por impulsos de compra gerados pelo marketing e publicidade promovidos pelos próprios fornecedores/credores.

Por fim, vale registrar que, quando se fala em tratamento, a expressão superendividado ativo só referirá o caso do inconsciente, pois o consciente não é um superendividado para fins de tutela do direito, pois, se ausente a boa-fé, não há que se falar em superendividamento. Por outro lado, ainda que sem apoio, com qualquer medida de tratamento, o superendividado ativo consciente não deixa de possuir um débito superior ao crédito, comprometendo-lhe a dignidade, motivo pelo qual se optou por manter a classificação que subdivide o tipo ativo de superendividado.

⁹⁸¹ CICERONE, Paola Emilia. Loucos por compras. **Mente e Cérebro**, São Paulo, n. 176, p. 44-49, set. 2007. Edição de aniversário. p. 46.

⁹⁸² CICERONE, Paola Emilia. Loucos por compras. **Mente e Cérebro**, São Paulo, n. 176, p. 44-49, set. 2007. Edição de aniversário. p. 47.

⁹⁸³ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 58.

⁹⁸⁴ Notadamente no art. 39 deste Código.

Já o superendividamento passivo é aquele em que o devedor acaba por colocar-se nesta condição por motivos externos e imprevistos, não pela má gestão e menos por má-fé, mas por acidentes da vida. É aquele superendividado que teve uma “[...] redução brutal dos recursos devido a áleas da vida, a exemplo do desemprego, do divórcio, do acometimento de doenças [...]”⁹⁸⁵ Este, “com capacidade de reembolso quase nulas”⁹⁸⁶, é, talvez, o mais vulnerável, inclusive algumas vezes contrata a crédito por não ter opção, quase que em estado de necessidade, aceitando qualquer taxa de juros.⁹⁸⁷ E nem por isso deixa de ser aceito por algumas financeiras que veem, além da iliquidez daquele cliente marginal⁹⁸⁸, que embora falido será um eterno devedor a juros exorbitantes, trabalhando para amortizar a dívida. Um excelente, embora perverso, investimento para as instituições financeiras.

Pesquisas recentes têm concluído que o superendividamento passivo, causado por mudanças bruscas de rendimento, é a espécie mais frequente de superendividamento.⁹⁸⁹ Neste sentido, afirma Cláudia Lima Marques, comentando pesquisa elaborada no estado do Rio Grande do Sul:

Os dados que levantamos nesta pesquisa piloto de 100 casos comprovam que os consumidores no Rio Grande do Sul não são “endividados ativos”, ou seja “consumistas” que gastam compulsivamente mais do que ganham ou que não sabem administrar bem as possibilidades do cartão de crédito e as facilidades de auto-

⁹⁸⁵ CHABAS, Cécile. **L'inexécution licite du contrat**. Paris: LGDJ, 2002, p.192 Apud BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 53.

⁹⁸⁶ PAISANT, Gilles. A Reforma do Procedimento de Tratamento do Superendividamento pela Lei de 29 de Julho de 1998, Relativa a Luta contra as Exclusões. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 131.

⁹⁸⁷ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. O perfil do superendividamento: referências no Brasil. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 394.

⁹⁸⁸ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vítór; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 6.

⁹⁸⁹ Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. **Endividamento e Sobreendividamento das Famílias Conceitos e Estatísticas para a sua Avaliação**. Disponível em: <http://www.oec.fe.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf_estudos_realizados/estudo_parte2%20cap_1.pdf> Acesso em: 09.07.2007. p. 9. Nota 7. KILBORN, Jason. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 83. KIRCHNER, Felipe. Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, n. 65, p. 63-113, jan./mar. 2008. p. 74. COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 108 e 109. GIANCOLI, Brunno Pandori. **O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 46 e 47.

financiamento de hoje. Ao contrário, mais de 70% deles são superendividados passivos, que se endividaram em face de um “acidente da vida”, desemprego, morte de algum parente, divórcio, doença na família, nascimento de filhos, etc. (desemprego 36,2%, doença e acidentes 19,5%, divórcio 7,9%, morte 5,1% e outros, como nascimento de filhos, 9,4%).⁹⁹⁰

Rafaela Consalter fala em 80%⁹⁹¹, Karen Bertoncello e Clarissa de Lima em 84,5% dos casos no Rio Grande do Sul⁹⁹² e Rosângela Cavallazzi em 73% dos casos no Rio de Janeiro⁹⁹³.

Tal situação confirma-se no direito estrangeiro, segundo o livro português “O Endividamento dos Consumidores”: “As conclusões obtidas em outros países mostram que são *factos imprevisíveis* que despoletam com maior frequência o incumprimento definitivo, ou seja, que os casos de sobreendividamento passivo são mais frequentes que os de sobreendividamento activo.”⁹⁹⁴ Demonstra a importância da revisão por fato superveniente como forma de mitigar este fenômeno social. Esta obra⁹⁹⁵ aponta, ainda, pesquisas na França, Bélgica, Alemanha, Áustria, Finlândia e Estados Unidos, as quais comprovam que a maior parte dos superendividados encontra-se nesta condição por motivos de desemprego, doença, divórcio, morte, etc.

Iain Ramsay diz que as “Tables 1 and 2 indicate that “passive” indebtedness (to use the French term) caused by a change of life circumstance is a major cause of overindebtedness in the United Kingdom and France.”⁹⁹⁶

⁹⁹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado**: Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 302.

⁹⁹¹ CONSALTER, Rafaela. **O Perfil do Superendividado no Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <http://www.adpergs.org.br/restrito/arq_artigos30.pdf> Acesso em: 09.07.2007. p. 6.

⁹⁹² BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz, LIMA, Clarissa Costa de. Adesão ao projeto conciliar é legal – CNJ: Projeto piloto: tratamento das situações de superendividamento do consumidor: **Revista de direito do Consumidor**, n. 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 197.

⁹⁹³ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. O perfil do superendividamento: referências no Brasil. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado**: Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

⁹⁹⁴ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 156.

⁹⁹⁵ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 156 e 157.

⁹⁹⁶ “Tabelas 1 e 2 indicam que o endividamento “passivo” (para usar o termo francês) causado por uma mudança nas circunstâncias da vida é uma das principais causas de superendividamento no Reino Unido e França. (tradução livre) RAMSAY, Iain. **Comparative Consumer Bankruptcy** – Symposium: Consumer bankruptcy and credit in the wake of the 2005 act. In: University of Illinois Law Review, 2007. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 3.

Gilles Paisant fala em 69% entre os superendividados franceses.⁹⁹⁷ No entanto, este superendividado só veio a ser protegido há pouco tempo pela lei francesa, pois o legislador de 1989 preocupou-se tão-somente com o superendividado ativo.⁹⁹⁸ Embora percebida a falta de tutela logo depois de posta em prática a lei, a Corte de Cassação negou sistematicamente o auxílio aos superendividados passivos, alegando que a “insuficiência de recursos do interessado não permitia”⁹⁹⁹ a concessão das medidas de tratamento, haja vista não terem abusado do crédito. Mesmo após inúmeros relatórios apontando para o crescimento deste tipo de superendividado e a necessidade de sua proteção, o legislador de 1995 decidiu ignorar os apelos. Somente com a Lei de 23.01.1998, os pedidos de luta contra as exclusões foram atendidos, ainda que parcialmente, pois só atendia aos casos de penhora imobiliária. Somente as reformas feitas pela Lei de 29.07.1998, que integrou o Título II, dedicado a prevenção das exclusões, foram mais expressivas, mas ainda de maneira insuficiente, conforme crítica de Gilles Paisant.¹⁰⁰⁰ Hoje, sim, o superendividado passivo tem total proteção na atual configuração da lei francesa.

4.5 Superendividamento no direito comparado

Diante da ausência de proteção específica para o superendividamento no Brasil, basicamente todo o estudo desta matéria, desde seu conceito até as formas de prevenção e

⁹⁹⁷ PAISANT, Gilles. A Reforma do Procedimento de Tratamento do Superendividamento pela Lei de 29 de Julho de 1998, Relativa a Luta contra as Exclusões. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 131.

⁹⁹⁸ PAISANT, Gilles. A Reforma do Procedimento de Tratamento do Superendividamento pela Lei de 29 de Julho de 1998, Relativa a Luta contra as Exclusões. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 108.

⁹⁹⁹ PAISANT, Gilles. A Reforma do Procedimento de Tratamento do Superendividamento pela Lei de 29 de Julho de 1998, Relativa a Luta contra as Exclusões. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 109, Nota 21.

¹⁰⁰⁰ PAISANT, Gilles. A Reforma do Procedimento de Tratamento do Superendividamento pela Lei de 29 de Julho de 1998, Relativa a Luta contra as Exclusões. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 109 e 110.

tratamento, baseiam-se no estudo do direito comparado. Por isso, ao longo do trabalho, muito foi e será dito com base na legislação, jurisprudência e doutrinas estrangeiras.¹⁰⁰¹

Contudo, parece de extrema relevância que se pontue, ainda que brevemente, a forma de enfrentamento e os dispositivos legais de cada país individualmente, mesmo para que se opte por um dos modelos para trazer ao Brasil.

Como afirma Jacob Ziegel, o estudo comparado deste tema é muito recente:

Comparative consumer law is at best only twenty-five years old and for a very good reason. Before the 1980s, most countries did not perceive consumer insolvencies as a significant social, legal and economic problem, and even fewer gave it much legislative attention. That neglect was also shared by most insolvency text writers and academics, with the exception of American authors among whom this topic has attracted attention for a much longer period.¹⁰⁰²

E, como bem aduz Iain Ramsay, temos que fazer uma interpretação cuidadosa (*careful interpretation*) ao realizar um estudo comparado sobre o superendividamento, pois tanto os dados quanto a ótica sobre o instituto são diferentes em cada país.¹⁰⁰³

Os regimes de tratamento do superendividamento no mundo dividem-se em duas categorias: o modelo europeu continental da reeducação, de índole católica, ou o modelo anglo-saxão da *fresh start*, de raiz protestante.¹⁰⁰⁴

¹⁰⁰¹ PEREIRA, Wellerson Miranda. Superendividamento e crédito ao consumidor: reflexões sob uma perspectiva de direito comparado. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 161.

¹⁰⁰² “O estudo comparado do superendividamento possui no máximo vinte cinco anos, e por uma ótima razão. Antes de 1980, a maioria dos países não encarava o superendividamento dos consumidores como um relevante problema social, legal, e econômico, e poucos deram ao tema muita atenção legislativa. Este descaso também foi compartilhado pela maioria dos escritores de textos sobre superendividamento e acadêmicos, com a exceção dos autores americanos, para quem este tópico tem chamado atenção há muito tempo.” (tradução livre) ZIEGEL, Jacob. **The challenges of comparative consumer insolvencies**. In: Penn State International Law Review, Winter 2005. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 1.

¹⁰⁰³ RAMSAY, Iain. **Comparative Consumer Bankruptcy** – Symposium: Consumer bankruptcy and credit in the wake of the 2005 act. In: University of Illinois Law Review, 2007. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 8.

¹⁰⁰⁴ MARQUES, Maria Manuel Leitão; FRADE Catarina. **Regular o Sobreendividamento**. Disponível em: <<http://www.gplp.mj.pt/home/conferencias/cire/Maria%20Manuel%20Leit%C3%A3o%20Marques.pdf>> Acesso em: 09.07.2007. p. 10 e 11. MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Uma lei para os consumidores superendividados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 76-89, jan/mar. 2007. p. 83. KIRCHNER, Felipe. Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, n. 65, p. 63-113, jan./mar. 2008. p. 75 e 76. GIANCOLI, Bruno Pandori. **O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 139 e 140.

O primeiro, chamado de modelo da reeducação, encara os consumidores como pessoas responsáveis por seus atos e não tanto como agentes econômicos. Este indivíduo; ainda que tenha se sobrecarregado de dívidas em decorrência dos apelos publicitários e do fácil acesso ao crédito, e que tenha de ser ajudado, notadamente quando sua condição decorrer de circunstâncias extraordinárias e não intencionais; deverá honrar seus compromissos. A impossibilidade de saldar suas dívidas é frequentemente vista como fracasso pessoal com sérias consequências para a autoestima do endividado que passa a se questionar e a ser questionado sobre seu caráter e moralidade. As únicas situações em que se admite tal falha são aquelas que o superendividado não pode prever ou controlar, sendo vítima do acaso, sofrendo, tanto quanto o credor, dos infortúnios da vida. Traduzindo-se esta filosofia para um regime de tratamento do superendividado, temos planos longos e pesados, muitas vezes impagáveis face a resistência à extinção *ipso iure* decorrente da visão leiga de “impunidade” ao devedor que deve e não paga com o aval da justiça. A cultura destes países não admite a desresponsabilização e, no meio jurídico, o Estado respondeu ao crescimento da concessão de crédito e conseqüentemente do endividamento dos cidadãos com os institutos que o ordenamento jurídico oferecia, isto é, com a responsabilidade civil clássica.¹⁰⁰⁵

Os países que adotam este sistema acabam por exigir do devedor que pague a totalidade ou grande parte de seus débitos às custas de seu patrimônio e seus rendimentos futuros, comprometendo a grande maioria de seu ativo no intuito de cobrir o passivo. Tal tratamento ocorre por meio de um plano promovido por meio de negociação ou imposição, que aparece, de regra, em caso de insucesso da mediação. Normalmente esta é obrigatória e extrajudicial, conforme “os regimes francês, belga, holandês, alemão, austríaco, dinamarquês, finlandês, sueco e norueguês.”¹⁰⁰⁶

Já o segundo modelo liga-se mais à ideia de recomeço. O termo *fresh start* surgiu em 1934, em uma decisão de um tribunal norte-americano,¹⁰⁰⁷ e expressa uma nova oportunidade.

¹⁰⁰⁵ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 216 a 218.

¹⁰⁰⁶ MARQUES, Maria Manuel Leitão; FRADE Catarina. **Regular o Sobreendividamento**. Disponível em: <<http://www.gplp.mj.pt/home/conferencias/cire/Maria%20Manuel%20Leit%C3%A3o%20Marques.pdf>> Acesso em: 09.07.2007. p. 13.

¹⁰⁰⁷ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 214, nota 23. MARQUES, Maria Manuel Leitão; FRADE Catarina. **Regular o Sobreendividamento**. Disponível em: <

Entende o superendividamento como consequência natural da economia de mercado. Na perspectiva de que o consumidor que usa do crédito corre um risco natural - próprio da expansão do mercado financeiro e calculado pelos credores - e, portanto, em sendo mal sucedido, não pode ser punido com a exclusão social e de mercado. Seria uma espécie de responsabilidade limitada para pessoas físicas.¹⁰⁰⁸

Essa visão do fracasso financeiro decorre de uma sociedade que encara o crédito como forma de progresso, desde o final do século XIX, decorrência, inclusive da predominância protestante. Aliás, a chamada *open credit society* somente prosperaria tão velozmente em uma cultura fruto da influência protestante e sua forma de lidar com o lucro; de um povo composto por imigrantes com sua ânsia de recomeçar em um novo continente, deixando “para trás as dívidas contraídas no velho continente”¹⁰⁰⁹; da exaltação do liberalismo e da individualidade que compreendem o consumidor como, antes de mais nada, um agente econômico que deve ser preservado para o funcionamento do mercado¹⁰¹⁰ e, por fim, da falta de um Estado social atuante, diversamente do que ocorre em muitos países da Europa continental que buscavam na assistência social uma solução para as dificuldades financeiras geradas pelo mau uso do crédito.

O sistema anglo-saxão visa liquidar os bens do devedor, pagando as dívidas possíveis e perdendo as excedentes (desde que não façam parte do rol das dívidas não passíveis de extinção/perdão). Feito isto, o devedor poderá recomeçar sua vida econômica, inclusive com livre acesso ao crédito, sem qualquer retenção de seus rendimentos futuros.¹⁰¹¹ A extinção

<http://www.gplp.mj.pt/home/conferencias/cire/Maria%20Manuel%20Leit%C3%A3o%20Marques.pdf>
Acesso em: 09.07.2007. p. 11, nota 2.

¹⁰⁰⁸ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 214 a 216.

¹⁰⁰⁹ MARQUES, Maria Manuel Leitão; FRADE Catarina. **Regular o Sobreendividamento**. Disponível em: <<http://www.gplp.mj.pt/home/conferencias/cire/Maria%20Manuel%20Leit%C3%A3o%20Marques.pdf>>
Acesso em: 09.07.2007. p. 11.

¹⁰¹⁰ MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Uma lei para os consumidores superendividados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 76-89, jan/mar. 2007. p. 83. MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 215. MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 296.

¹⁰¹¹ MARQUES, Maria Manuel Leitão; FRADE Catarina. **Regular o Sobreendividamento**. Disponível em: <<http://www.gplp.mj.pt/home/conferencias/cire/Maria%20Manuel%20Leit%C3%A3o%20Marques.pdf>>
Acesso em: 09.07.2007. p. 11 e 12.

ipso iure da dívida é, inclusive, vista como meio para o devedor recuperar a autoestima e voltar a produzir, reinserindo-se no mercado.

Obviamente, a principal crítica feita a este modelo é o potencial para causar prejuízos a credores, enquanto a crítica ao modelo continental fica por conta da pressão sobre o devedor para que pague as dívidas, ainda que não possua mais meios para tanto, gerando um grande número de planos inexecutáveis, “comprometendo a eficácia desta solução”.¹⁰¹²

Conforme a professora Michelle Dickerson, que proferiu palestra em seminário realizado junto à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, o modelo anglo-saxão é o mais recomendado para países onde o Estado não cumpre as obrigações de prover saúde, educação, etc., pois este modelo resolve os problemas dos consumidores de imediato, enquanto o modelo europeu só funciona em países onde haja forte assistência social pública que garanta a sobrevivência digna dos superendividados, enquanto estes cumprem os planos de pagamento.¹⁰¹³

Interessante registrar a tendência, que vem se consolidando na prática, destes modelos se misturarem. Cada vez mais os países que adotam um dos regimes buscam soluções para os pontos negativos do modelo adotado no outro regime. Aos poucos, torna-se cada vez mais difícil apontar exatamente qual modelo determinado país adota.¹⁰¹⁴

Quanto aos países individualmente considerados¹⁰¹⁵, podemos citar os mais importantes:¹⁰¹⁶

¹⁰¹² MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Uma lei para os consumidores superendividados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 76-89, jan/mar. 2007. p. 84.

¹⁰¹³ DICKERSON, Michele. Univ. do Texas-Austin, Estados Unidos. **Superendividamento do Consumidor: Uma Perspectiva Norte-Americana**. Seminário realizado em 02 de outubro de 2007 no salão nobre da Faculdade de Direito/UFRGS.

¹⁰¹⁴ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 304.

¹⁰¹⁵ MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Uma lei para os consumidores superendividados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 76-89, jan/mar. 2007. p. 83. BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz, LIMA, Clarissa Costa de. Tratamento do crédito ao consumo na América Latina e superendividamento. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p.203. MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 261.

O primeiro país europeu a tratar do assunto foi a Dinamarca por meio da *Gældssanering*, no ano de 1984¹⁰¹⁷, sendo seguido por diversos outros países daquele continente. A lei dinamarquesa apresenta critérios de aferição de razoabilidade do pedido de reabilitação financeira, como antiguidade e origem do endividamento. Caso se entenda que o pedido não se mostra razoável, é negado o tratamento. Quanto ao prazo de duração, os planos de pagamento não podem ultrapassar cinco anos.¹⁰¹⁸ Na década de noventa, esse país continuou a legislar no sentido de proteger o superendividado, editando a Lei n. 398/13.06.90 com normas sobre a transparência da taxa de juros.¹⁰¹⁹

Na França,¹⁰²⁰ em 1989, surgiu a primeira legislação sobre o tema com a adoção da Lei Neiertz de 31/12/1989¹⁰²¹, que prevê um sistema com um método único, que ano a ano foi se aperfeiçoando, contando com duas fases: a primeira amigável (*Règlement amiable*) e a segunda, que visa restabelecer a vida financeira do superendividado (*Rétablissement personnel*). A lei é assim chamada porque “votada por iniciativa da Secretária de Estado do Consumo da época, Sra. Neiertz”.¹⁰²² Inicialmente a legislação francesa voltava-se unicamente para a renegociação dos débitos pendentes. Aos poucos, as cortes passaram a adotar a extinção *ipso jure* de parcelas e a redução de dívidas não quitadas ao final dos planos de pagamento. Em 9 de julho de 1991, a Lei 91-650 promoveu alguns acréscimos no texto

¹⁰¹⁶ Lembrando, sempre, que o objetivo neste tópico, assim como em todos os de direito comparado deste trabalho, é apenas apontar exemplos de legislações alienígenas que tratam do tema. Neste que segue, não se pretendeu aprofundar no método de direito comparado de modo a analisar técnicas de prevenção e tratamento nos países mencionados, mas sim apenas indicar aqueles que possuem lei sobre o tema, desde quando o fazem e o modelo adotado, além de algumas breves anotações sobre os mais interessantes.

¹⁰¹⁷ MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Uma lei para os consumidores superendividados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 76-89, jan/mar. 2007. p. 83. MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 219 e 221. LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 26.

¹⁰¹⁸ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 228.

¹⁰¹⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao Consumidor e Superendividamento – Uma problemática Geral. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 17, p. 57-64, 1996. p. 60.

¹⁰²⁰ GIANCOLI, Brunno Pandori. **O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 38 a 42.

¹⁰²¹ KHAYAT, Danielle. **Le droit du surendettement des particuliers**. Paris: LGDJ, 1997. p. 13-16.

¹⁰²² PAISANT, Gilles. A Reforma do Procedimento de Tratamento do Superendividamento pela Lei de 1º de Agosto de 2003 sobre a Cidade e a Renovação Urbana. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 130.

legal¹⁰²³, mas só a partir de 1993, com a Lei 93-949, de 16 de julho¹⁰²⁴, o procedimento passou a fazer parte do Código de Consumo Francês por meio dos arts. L.331-1 a L.333-8. A primeira reforma datou de 1995, com a edição da Lei n° 95-125, de 8 de fevereiro daquele ano¹⁰²⁵, transformou em obrigatória a apresentação do pedido às comissões administrativas departamentais, que antes podia ser iniciada junto ao tribunal judicial¹⁰²⁶, com análise do “Juiz da Execução”¹⁰²⁷, bem como passou a denominar o Título III, do Livro III, do *Code de la Consommation* de “tratamento das situações de superendividamento” (*Traitement des situations de surendettement*), demonstrando que “[...] mais do que regulamentar, o objetivo do legislador passou a ser mais claramente o de cuidar curar.”¹⁰²⁸ Em 1998, duas novas reformas¹⁰²⁹, em 23 de janeiro e, principalmente, com a Lei n° 98-657, de 29 de julho,¹⁰³⁰ aumentou o prazo máximo de duração dos planos de pagamento de cinco para oito anos, passou a permitir a extinção de dívidas (*effacement*) no caso de insolvabilidade¹⁰³¹, bem como tornou obrigatória a estipulação de um mínimo existencial ao devedor, o chamado *reste à vivre*.¹⁰³² Em 1° de agosto de 2003, uma lei proveniente do Ministério da Cidade e da

¹⁰²³ KHAYAT, Danielle. **Le droit du surendettement des particuliers**. Paris: LGDJ, 1997. p. 16-17.

¹⁰²⁴ KHAYAT, Danielle. **Le droit du surendettement des particuliers**. Paris: LGDJ, 1997. p. 17.

¹⁰²⁵ KHAYAT, Danielle. **Le droit du surendettement des particuliers**. Paris: LGDJ, 1997. p. 18-19.

¹⁰²⁶ PAISANT, Gilles. A Reforma do Procedimento de Tratamento do Superendividamento pela Lei de 29 de Julho de 1998, Relativa a Luta contra as Exclusões. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 106 e 107. MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 235. BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 41.

¹⁰²⁷ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Bancos de Dados e Superendividamento do Consumidor: cooperação, cuidado e informação. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 50. p. 36-57, 2004. p. 47. BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 41.

¹⁰²⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 331. COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 108.

¹⁰²⁹ PAISANT, Gilles. El Tratamiento del Sobreendeudamiento de los Consumidores en Derecho Francés. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 42, p. 9-26, abr/jun 2002. p. 11.

¹⁰³⁰ PAISANT, Gilles. A Reforma do Procedimento de Tratamento do Superendividamento pela Lei de 29 de Julho de 1998, Relativa a Luta contra as Exclusões. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 122 a 129.

¹⁰³¹ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 42.

¹⁰³² MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 228, 231 e 240.

Renovação Urbana trouxe melhoramentos ao procedimento¹⁰³³, permitindo até mesmo a extinção (*effacement*) das dívidas fiscais¹⁰³⁴, e, finalmente, em fevereiro de 2004, houve uma aproximação do sistema continental com o da *fresh start*, na medida em que se passou a admitir a liberação total e imediata do débito pelas Comissões de superendividamento dos particulares, as *Comissions de Surendéttement*, embora as cortes resistam à aplicação de tal alívio. A reforma de 1998 já previa casos de insolvência absoluta, denominadas de “situações desesperadas,” onde se permitia a suspensão das dívidas por três anos e, transcorridos estes, sem melhora da condição financeira do superendividado, a extinção *ipso iure* da dívida por insuficiência de ativo.¹⁰³⁵ Hoje, o direito do superendividamento francês encontra-se no Título III do *Code de la Consommation*¹⁰³⁶, nos artigos L.331-2 e seguintes¹⁰³⁷, com uma definição no art. L. 330-1 que diz que a situação de superendividamento é “caracterizada pela impossibilidade manifesta para o devedor de boa-fé de fazer face ao conjunto de suas dívidas não profissionais, exigíveis e a vencer”.¹⁰³⁸

O sistema francês prevê a abertura do processo por iniciativa do próprio devedor que deve ser pessoa física, de boa-fé, domiciliada na França ou de nacionalidade francesa domiciliado no Exterior¹⁰³⁹, ou ainda ser, o credor, francês.¹⁰⁴⁰ O devedor apresenta sua situação às mencionadas *Comissions de Surendéttement* “instituídas em todos os

¹⁰³³ PAISANT, Gilles. A Reforma do Procedimento de Tratamento do Superendividamento pela Lei de 1º de Agosto de 2003 sobre a Cidade e a Renovação Urbana. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

¹⁰³⁴ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 47.

¹⁰³⁵ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 245.

¹⁰³⁶ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.10.

¹⁰³⁷ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz, LIMA, Clarissa Costa de. Tratamento do crédito ao consumo na América Latina e superendividamento. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 203.

¹⁰³⁸ PAISANT, Gilles. A Reforma do Procedimento de Tratamento do Superendividamento pela Lei de 1º de Agosto de 2003 sobre a Cidade e a Renovação Urbana. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 137.

¹⁰³⁹ KHAYAT, Danielle. **Le droit du surendettement des particuliers**. Paris: LGDJ, 1997. p. 26-27.

¹⁰⁴⁰ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.116. MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 236 e 237.

departamentos da França¹⁰⁴¹”, sendo competente aquela do domicílio do superendividado. As comissões são compostas de, basicamente¹⁰⁴², seis membros:

a) o prefeito (presidente), b) o tesoureiro pagador geral (vice-presidente), c) o diretor dos serviços fiscais, d) o representante local do *Banque de France* (que secretaria os trabalhos), e) um representante da associação francesa dos estabelecimentos de crédito e f) um representante das associações familiares ou de consumidores.¹⁰⁴³

O prefeito, presidente da comissão, é um delegado do governo. Cada departamento em cujo sistema governamental a França é dividida, possui um destes representantes.¹⁰⁴⁴

Tais Comissões analisam o preenchimento dos pressupostos legais e proferem decisão fundamentada sobre a possibilidade ou impossibilidade de auxílio estatal por meio de um dossiê, no prazo máximo de seis meses, conforme art. L.331-3, alínea 1. Ou seja, conforme explanação de Gilles Paisant, em recente palestra proferida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul¹⁰⁴⁵, neste período de seis meses o processo deve passar pela Comissão Departamental, ser proferida decisão de admissibilidade, realizada a instrução e proferida a decisão sobre a orientação a seguir. Da decisão liminar, que defere ou indefere o pedido,

¹⁰⁴¹ “O art. R. 331-1 do Code de la Consommation autoriza a criação, por decreto do Prefeito, de comissões suplementares no mesmo departamento quando a situação social, econômica, geográfica ou demográfica do departamento assim exigir.” COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 115.

¹⁰⁴² Vale ressaltar que já houve alterações na lei posteriores ao texto de Geraldo de Faria Martins da Costa. Optei por esta descrição em virtude da didática na redação elencando os participantes das comissões. Algumas destas inclusões e exclusões de membros encontram-se nos seguintes textos que também tratam da constituição das comissões de superendividamento: COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento: solidariedade e boa-fê**. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 234. MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 238. PAISANT, Gilles. El Tratamiento del Sobreendeudamiento de los Consumidores en Derecho Francés. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 42, p. 9-26, abr/jun 2002. p. 11. MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 294 e 295.

¹⁰⁴³ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.115.

¹⁰⁴⁴ PAISANT, Gilles. El Tratamiento del Sobreendeudamiento de los Consumidores en Derecho Francés. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 42, p. 9-26, abr/jun 2002. p. 11.

¹⁰⁴⁵ Colóquio Internacional: **Aspectos jurídicos da proteção dos consumidores: Comparações França – Brasil – Argentina**, realizado nos dias 29 e 30 de maio de 2008, no salão nobre da Faculdade de Direito/UFRGS. Organização do Curso de Especialização em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais da UFRGS.

caberá recurso em quinze dias para o Tribunal do domicílio do devedor.¹⁰⁴⁶ A decisão do juiz que julgar o recurso é irrecorrível.

A única forma de iniciar o processo de reabilitação financeira por meio do juiz é se a comissão não concluir o dossiê com as orientações em nove meses, isto é, com três meses de atraso (L. 332-5, alínea 2).¹⁰⁴⁷

A partir daí, desde 2003, o andamento do processo se divide em dois procedimentos diversos: o primeiro, se declarada a “situação irremediavelmente comprometida,” e o segundo, se não for assim reconhecida a situação do devedor.¹⁰⁴⁸

Se considerada a situação do superendividado como “irremediavelmente comprometida”, o processo passa a correr perante o juiz que abrirá o “restabelecimento pessoal” (*rétablissement personnel*) com a concordância do devedor. Este é um rito criado pela reforma de 1º de agosto de 2003, inspirado na falência civil da Alsace-Moselle¹⁰⁴⁹, especificamente para casos de insolvência e está previsto nos arts. L. 332-5 à L.332-12 do Código do Consumo. Este procedimento é inteiramente judicial e se aproxima da falência civil. Mas é bom que se repita que a situação do devedor deve ser “irremediavelmente comprometida”, assim qualificado pela comissão e declarado pelo juiz, isto é, estes artigos

¹⁰⁴⁶ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.121. PAISANT, Gilles. A Reforma do Procedimento de Tratamento do Superendividamento pela Lei de 1º de Agosto de 2003 sobre a Cidade e a Renovação Urbana. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado**: Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 141. PAISANT, Gilles. El Tratamiento del Sobreendeudamiento de los Consumidores en Derecho Francés. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 42, p. 9-26, abr/jun 2002. p. 15 e 16.

¹⁰⁴⁷ PAISANT, Gilles. A Reforma do Procedimento de Tratamento do Superendividamento pela Lei de 1º de Agosto de 2003 sobre a Cidade e a Renovação Urbana. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado**: Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 142.

¹⁰⁴⁸ Gilles Paisant critica esta bifurcação alegando a demora no procedimento judicial, argumentando que o superendividamento é uma emergência social e que a Comissão solucionaria, sem problemas, ambas as situações. Colóquio Internacional: **Aspectos jurídicos da proteção dos consumidores: Comparações França – Brasil – Argentina**, realizado nos dias 29 e 30 de maio de 2008, no salão nobre da Faculdade de Direito/UFRGS. Organização do Curso de Especialização em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais da UFRGS.

¹⁰⁴⁹ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 43.

visam a forma mais grave de superendividamento, aquela em que o superendividado manifestamente não tem qualquer possibilidade de reembolso.¹⁰⁵⁰

Após a intervenção do mandatário, o juiz pode decidir pelo pronunciamento de medidas de endereçamento (redirecionamento) ordinárias ou pelo julgamento da liquidação. Tendo optado pelo segundo caminho, vendem-se os ativos penhoráveis em leilão pelo período de um ano. Este “inclui resumidamente a publicação de edital de chamamento a credores, a liquidação do ativo apurado – não sem considerar um mínimo vital, o *reste à vivre* destinado à subsistência do devedor – e, finalmente, a eliminação da totalidade das dívidas.”¹⁰⁵¹

O perdão das dívidas¹⁰⁵², isto é, a extinção *ipso iure* destas, é admitido somente nesta hipótese em que a comissão declare a situação do devedor como “irremediavelmente comprometida”.¹⁰⁵³

No outro procedimento, aceito o pedido pela comissão sem recurso do credor, improcedente o recurso do credor, ou procedente o recurso do devedor, e considerada a situação como “não comprometida irremediavelmente”, inicia-se a elaboração do plano de reescalonamento das dívidas. Suspendem-se temporariamente as execuções contra o devedor. Caso seja inexitosa a fase de conciliação que busca elaborar um plano convencional de recuperação (*plan conventionnel de redressement*)¹⁰⁵⁴, a comissão atestará, e o devedor deverá requerer em quinze dias o início da fase judicial, onde a Comissão propõe ao juiz da execução

¹⁰⁵⁰ PAISANT, Gilles. A Reforma do Procedimento de Tratamento do Superendividamento pela Lei de 1º de Agosto de 2003 sobre a Cidade e a Renovação Urbana. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 146.

¹⁰⁵¹ PEREIRA, Wellerson Miranda. Superendividamento e crédito ao consumidor: reflexões sob uma perspectiva de direito comparado. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p.172.

¹⁰⁵² COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.123. MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 331 e 332.

¹⁰⁵³ KILBORN, Jason. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 102.

¹⁰⁵⁴ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.121.

as recomendações para a reestruturação do passivo, sendo estas apresentadas aos credores.¹⁰⁵⁵ As recomendações serão ordinárias, em caso de ausência de insolvabilidade, e extraordinárias, no caso de insolvabilidade.

Conforme o disposto nos arts. L331-6, última alínea, e L331-7, os planos de reescalonamento podem durar até dez anos.¹⁰⁵⁶ Isto se deu em função da reforma de 2004 que veio a aumentar a limitação da duração dos planos de pagamento, que antes eram de oito anos, desde 1999.¹⁰⁵⁷

Inicialmente, os planos provenientes do sistema adotado pela lei francesa deixavam valores ínfimos aos devedores, chegando a menos de U\$S 2.300,00 por pessoa, por ano. Somente em 1999, sob a inspiração do direito alemão, passou-se a falar em mínimo existencial na França, não apenas para resguardar a dignidade do devedor, mas também para assegurar o cumprimento dos pactos, que constantemente eram fadados ao fracasso, dado o sacrifício insustentável imposto ao devedor.¹⁰⁵⁸

Caso se caracterize a impossibilidade de quitar a dívida, existe a possibilidade das recomendações extraordinárias (*recommandations extraordinaires*) incluídas na reforma de 1998, que permitem que a comissão utilize das medidas previstas no art. L. 331-7 do *Code de la Consomation*, possibilitando, inclusive, a concessão de moratória.

Ficam fora do plano de pagamento e principalmente da possibilidade de perdão judicial (extinção *ipso iure*): as dívidas alimentares, as multas penais e reparações pecuniárias

¹⁰⁵⁵ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 236 a 243. COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.122.

¹⁰⁵⁶ PAISANT, Gilles. A Reforma do Procedimento de Tratamento do Superendividamento pela Lei de 1º de Agosto de 2003 sobre a Cidade e a Renovação Urbana. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 133.

¹⁰⁵⁷ KILBORN, Jason. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 97 e 98. COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.121 e 122.

¹⁰⁵⁸ KILBORN, Jason. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 93 a 94.

concedidas às vítimas e as dívidas “cujo preço foi pago em lugar do devedor para o avalista ou coobrigado” (art. L. 332-8, última alínea).¹⁰⁵⁹

Finalizado o procedimento, o superendividado reabilitado fica inscrito em um cadastro de pessoas beneficiadas pelo restabelecimento pessoal por oito anos. Há uma discussão grande sobre esta limitação, pois é possível, e provavelmente frequente, que um mesmo devedor volte a endividar-se excessivamente nos anos posteriores à reabilitação financeira.¹⁰⁶⁰

São impedidos de valer-se da proteção ao superendividado aqueles que se enquadrarem nas situações previstas no art. L. 333-2 do *Code de la Consommation*: “a prática de falsas declarações ou a remessa de documentos inexatos; a tentativa de desvio de bens e, por último, a agravação do endividamento”.¹⁰⁶¹ Contudo, pode o devedor, assim que superado o empecilho, voltar a requerer a instauração do procedimento com novos elementos.

Exclui-se, também, desse procedimento, além das pessoas jurídicas e superendividados com dívidas profissionais¹⁰⁶², aqueles que “están sujetos a otro procedimiento concursal, especialmente al de la ley de 1985 sobre el enderezamiento y liquidación judiciales. Nuevamente, el legislador ha deseado evitar la competencia y el concurso de los procedimientos concursales.”¹⁰⁶³

Como se percebe, a lei francesa é extremamente detalhista, e isso se deve à elaboração de um Código do Consumo baseado em leis já existentes como as Leis Scrivener I (*crédit à la*

¹⁰⁵⁹ PAISANT, Gilles. A Reforma do Procedimento de Tratamento do Superendividamento pela Lei de 1º de Agosto de 2003 sobre a Cidade e a Renovação Urbana. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 133 e 155.

¹⁰⁶⁰ PAISANT, Gilles. A Reforma do Procedimento de Tratamento do Superendividamento pela Lei de 1º de Agosto de 2003 sobre a Cidade e a Renovação Urbana. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 156.

¹⁰⁶¹ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 121. PAISANT, Gilles. El Tratamiento del Sobreendeudamiento de los Consumidores en Derecho Francés. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 42, p. 9-26, abr/jun 2002. p. 13. BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 47.

¹⁰⁶² BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 45.

¹⁰⁶³ PAISANT, Gilles. El Tratamiento del Sobreendeudamiento de los Consumidores en Derecho Francés. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 42, p. 9-26, abr/jun 2002. p. 14.

consommation, Lei 78-22 de 10.01.1978) e *Scrivener II (crédit immobilier de 13.07.1979)*¹⁰⁶⁴, a Lei Royer de 1978 e a própria lei Neiertz. A primeira, baseada em precedentes ingleses e alemães, foi incorporada ao *Code de Consommation* nos art. 311-1 a 311-37, já diversas vezes alterados.¹⁰⁶⁵

O procedimento francês¹⁰⁶⁶ é muito estudado no Brasil em face da forte influência que o direito do consumidor francês exerce sobre o nosso país. O próprio CDC foi em muito inspirado no *Code de la Consommation*.¹⁰⁶⁷

O ordenamento jurídico alemão, que trata o superendividamento, ou *Überschuldung*¹⁰⁶⁸, desde 1994, quando adotou o *Insolvenzordnung* (chamado também de InsO 05.10.1994 e EgInsO 01.01.1999¹⁰⁶⁹), vigente desde 01.01.1999, estabelecia duras penas aos consumidores superendividados, obrigando-os a ceder aos credores cem por cento de sua

¹⁰⁶⁴ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.125. BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz, LIMA, Clarissa Costa de. Tratamento do crédito ao consumo na América Latina e superendividamento. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado**: Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 195. COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado**: Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 232. MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado**: Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 286.

¹⁰⁶⁵ GLANZ, Semy. Responsabilidade Civil das Instituições Financeiras pela Má Concessão de Crédito. **Revista da EMERJ**, n. 1-2, p. 105-114. Rio de Janeiro, 1998. p. 111.

¹⁰⁶⁶ Para um estudo mais aprofundado de todos os trâmites do procedimento Francês, indica-se a leitura de PAISANT, Gilles. A Reforma do Procedimento de Tratamento do Superendividamento pela Lei de 29 de Julho de 1998, Relativa a Luta contra as Exclusões. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado**: Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. e PAISANT, Gilles. A Reforma do Procedimento de Tratamento do Superendividamento pela Lei de 1º de Agosto de 2003 sobre a Cidade e a Renovação Urbana. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado**: Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

¹⁰⁶⁷ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 36.

¹⁰⁶⁸ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.14.

¹⁰⁶⁹ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz, LIMA, Clarissa Costa de. Tratamento do crédito ao consumo na América Latina e superendividamento. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado**: Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p.203. MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 221. LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável**: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 26. ZIEGEL, Jacob. **The challenges of comparative consumer insolvencies**. In: Penn State International Law Review, Winter 2005. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 6.

renda por quatro anos, bem como de oitenta a noventa por cento nos três anos subsequentes, a fim de quitar a dívida impaga. O mínimo existencial fixado, segundo Kilborn, chegava, muitas vezes, a no máximo, módicos U\$S 16.500,00 por ano para um casal sem filhos. As duras críticas levaram o parlamento alemão a aumentar os níveis de isenção em cinquenta por cento.¹⁰⁷⁰ Em 2001, o *Reichstag* reduziu o período de espera entre o ingresso do pedido e a concessão do alívio. Desde janeiro de 2002, o período entre o estágio inicial e a quitação do débito não passa de seis anos.¹⁰⁷¹

Esta lei é tida como mista por adotar procedimentos típicos da *fresh start*, embora baseada no modelo da reeducação.¹⁰⁷² Este país também possui comissões de superendividamento, as *Kommission für Insolvenzrecht*, mas que exercem uma função totalmente diversa das comissões francesas. As comissões alemãs têm o condão de observar e aperfeiçoar o procedimento trazido pela lei de superendividamento.¹⁰⁷³

Antes de 1999, a proteção se dava por meio da Lei do Crédito ao Consumo de 17.12.90 (*Verbrauchercredit Gesetz*), vigente desde o primeiro dia do ano de 1991, que já previa o direito de arrependimento.¹⁰⁷⁴ O conteúdo desta lei foi transposto para o BGB, segundo Menezes Cordeiro:

¹⁰⁷⁰ KILBORN, Jason. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 92 a 93.

¹⁰⁷¹ KILBORN, Jason. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 97 e 101.

¹⁰⁷² MARQUES, Maria Manuel Leitão; FRADE Catarina. **Regular o Sobreendividamento**. Disponível em: <<http://www.gplp.mj.pt/home/conferencias/cire/Maria%20Manuel%20Leit%C3%A3o%20Marques.pdf>> Acesso em: 09.07.2007. p. 13.

¹⁰⁷³ MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 295.

¹⁰⁷⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao Consumidor e Superendividamento – Uma problemática Geral. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 17, p. 57-64, 1996. p. 60. MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 287. GLANZ, Semy. Responsabilidade Civil das Instituições Financeiras pela Má Concessão de Crédito. **Revista da EMERJ**, n. 1-2, p. 105-114. Rio de Janeiro, 1998. p. 112.

A transposição do *VerbrKrG* para o BGB não operou em bloco: antes deu azo a correspondências mais complexas, com modificações formais nas normas em jogo. *Grosso modo*, temos o seguinte:

- as regras básicas sobre o mútuo a consumidores, particularmente o âmbito de aplicação, a forma escrita, certas delimitações, as consequências do vício de forma, o direito de resolução, a imperatividade, os juros e o vencimento transitaram para os §§ 491 a 498 do BGB, no final do título relativo ao mútuo;
- essas mesmas regras adaptadas vieram constituir novos subtítulos relativos a financiamentos entre o empresário e o consumidor - §§ 499 a 505 – a contratos de fornecimentos sucessivos - § 505 – e à ressalva da posição dos consumidores - §§ 506-507.¹⁰⁷⁵

Quanto à revisão dos contratos pelo superendividado, vale mencionar que a reforma no BGB de 2002 trouxe uma norma que viabiliza a revisão dos contratos pelo superendividamento. Ao reformular o § 275¹⁰⁷⁶ que trata da revisão dos contratos de modo mais ligado à extensão da impossibilidade, ampliou-se a incidência do instituto do *Unmöglichkeit*, o que abre margem para a revisão pelo superendividado. Desde o texto anterior, este dispositivo já afirmava que a insolvência deveria equiparar a impossibilidade relativa à absoluta.¹⁰⁷⁷

Conforme ensina Pontes de Miranda, no tomo 22 de seu tratado:

No Código Civil alemão, § 275, alínea 1ª, põe-se, acertadamente, o mesmo princípio em que está a base do direito brasileiro das obrigações: o devedor libera-se das obrigações de prestar, se a prestação se tornou impossível por fato superveniente ao nascimento da dívida, sem culpa sua. Mas na alínea 2ª acrescentou o § 275: “À impossibilidade superveniente da prestação equipara-se a inaptidão patrimonial

¹⁰⁷⁵ CORDEIRO, António Menezes. **Da modernização do Direito Civil**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2004. p. 127.

¹⁰⁷⁶ § 275 Ausschluss der Leistungspflicht (1) Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist. (2) Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat. (3) Der Schuldner kann die Leistung ferner verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann. (4) Die Rechte des Gläubigers bestimmen sich nach den §§ 280, 283 bis 285, 311a und 326. (No original)

§ 275 Exclusão da obrigação (1) A pretensão de cumprimento é excluída na medida em que se torna impossível para o devedor ou para quem quer que seja. (2) O devedor pode recusar o cumprimento, quando este exige um esforço de grave desproporção em relação ao interesse do credor quanto ao cumprimento, respeitando a relação de conteúdo da relação obrigatória e o princípio da boa-fé. Na determinação dos esforços que se espera do devedor, deve, igualmente, levar-se em consideração se o impedimento ao cumprimento lhe é imputável. (3) O devedor pode, além disso, recusar o cumprimento se ele deve executá-lo pessoalmente e se este não se pode ser razoavelmente esperado do devedor, ponderando-se os impedimentos que se opõe ao seu cumprimento e o interesse do credor em cumprir. (4) Os direitos do credor são determinados em conformidade com os §§ 280, 283 a 285, 311a e 326. (tradução livre)

¹⁰⁷⁷ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 122. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 22. p. 139, 145, 310 e 311.

superveniente do devedor à prestação”. Não há, no sistema jurídico brasileiro, tal regra jurídica.¹⁰⁷⁸

Isto é, em caso de falência, trata-se o inadimplemento como um caso fortuito ou força maior e resolve-se o contrato. Assim, embora tal dispositivo já tratasse da hipótese da impossibilidade relativa como dificuldade de cumprimento no inc. II¹⁰⁷⁹, a reforma aumentou a possibilidade de revisão por fato superveniente ao aproximar impossibilidade absoluta e relativa¹⁰⁸⁰, reduzindo os direitos do credor ao impedir que ele exija o cumprimento quando isto for impossível ao devedor, sem fazer distinção desta entre absolutamente ou relativamente, nem mesmo se superveniente ou inicial, ou se imputável ou não. Assim, a norma simplesmente não permite que se cobre de quem não pode pagar.

Os dois parágrafos que acompanham o dispositivo reforçam a ideia que já vinha sendo trazida pelos tribunais alemães baseado na ideia de *Unzumutbarkeit*, isto é, de inexigibilidade. A noção de *Leistungsverweigerung* pretende substituir as noções de onerosidade excessiva, caso fortuito e força maior, compreendendo a impossibilidade como dificuldade de adimplemento.¹⁰⁸¹

Embora volte a confundir a impossibilidade relativa e a absoluta neste novo sistema, fruto da reforma, essa aproximação pode ser bastante vantajosa, eis que atenua a importância da culpa, na medida em que relativiza o sistema germânico original que estabelecia que a reparação dos custos causados por fato superveniente era do credor, quando não havia culpa no inadimplemento e, do devedor, quando havia. Esse dispositivo permite que se analise a boa-fé no caso concreto para estabelecer a divisão dos prejuízos.

E há ainda o instituto do *Anpassung* que, criado pela doutrina alemã, adotado pelos tribunais e hoje previsto na legislação, sugere a renegociação contratual pelo meio judicial.¹⁰⁸²

¹⁰⁷⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 22. p. 68 e 69.

¹⁰⁷⁹ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A teoria da base objetiva do negócio jurídico no direito brasileiro. **Revista dos tribunais**. São Paulo, v. 655. 1990. p. 7.

¹⁰⁸⁰ GORDLEY, James. **Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 342.

¹⁰⁸¹ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz, LIMA, Clarissa Costa de. Tratamento do crédito ao consumo na América Latina e superendividamento. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 80 a 84.

¹⁰⁸² BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz, LIMA, Clarissa Costa de. Tratamento do crédito ao consumo na América Latina e superendividamento. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli

Na Bélgica, a legislação a respeito do tema data de 5 de julho de 1998, tendo entrado em vigor em 1º de janeiro de 1999, e encoraja os acordos extrajudiciais mediados por pessoa escolhida pelo devedor.¹⁰⁸³ Trata-se, na verdade de duas leis: a primeira a “Lei relativa à regularização global das dívidas e à possibilidade de venda amigável dos bens imóveis penhorados”, que inseriu um título dedicado ao pagamento coletivo das dívidas no Código Judiciário, entre os artigos 1675º, nº 2 a 1675º, nº 19. A segunda lei alterou os artigos 628 e 1395 do mesmo Código. Novas leis surgiram ao longo dos anos complementando estas.¹⁰⁸⁴

Ainda que próxima da lei francesa, diferencia-se por tratar judicialmente as duas fases que compõem o procedimento, não dispondo de uma fase administrativa como naquele país. A primeira é a “fase amigável,” enquanto a segunda, que somente se aplica no insucesso da primeira, é a da “regularização judicial” das dívidas.¹⁰⁸⁵

As leis da Bélgica preveem, ainda, a intervenção das Cortes belgas nos casos de acordos não cumpridos. Assim como a francesa, a lei belga não é muito afeita à liberação das dívidas, preferindo o parcelamento e a renegociação. A extinção *ipso iure* é geralmente utilizado pelas Cortes para penalidades e taxas, mas não para o principal, os juros, restringindo a liberação destes a causas excepcionais. A Bélgica prevê um mínimo existencial garantindo € 7.450,00 para solteiros sozinhos e € 9.950,00 para os demais, inclusive casais, independentemente do número de filhos. Ou seja, a lei belga acaba por exigir sacrifícios tais dos devedores que com frequência vê os acordos descumpridos. Além do mais, exige que o devedor viva na linha da pobreza, oferecendo somente a liberação de parte muito pequena do débito, o que não incentiva os devedores a cumprir o que lhe fora exigido.¹⁰⁸⁶ A lei belga prevê um prazo máximo de cinco anos de duração dos planos judiciais.

(coord.) **Direitos do Consumidor Endividado**: Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 84.

¹⁰⁸³ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 220. PAISANT, Gilles. El Tratamiento del Sobreendeudamiento de los Consumidores en Derecho Francés. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 42, p. 9-26, abr/jun 2002. p. 26.

¹⁰⁸⁴ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 248.

¹⁰⁸⁵ Para um estudo mais aprofundado do trâmite destes procedimentos na lei belga indica-se a leitura de MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 248 a 261.

¹⁰⁸⁶ KILBORN, Jason. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI,

Por outro lado, é uma lei que abarca maior número de devedores, pois não exige, como faz a lei francesa, que as dívidas sejam não-profissionais.¹⁰⁸⁷ O mesmo se dá, embora de modo mais limitado, na Finlândia e Noruega.¹⁰⁸⁸

Mais recentemente, em 25.01.2002, a Bélgica passou a contar com Projeto de Lei altamente avançado sobre crédito ao consumo.¹⁰⁸⁹ Prevê a interdição de qualquer anúncio publicitário que venha a incitar ao superendividamento, isto é, que incentive a tomada exagerada de créditos, vindo a gerar o endividamento excessivo dos consumidores.¹⁰⁹⁰

Antes da lei específica, o país contava com a Lei de 12 de junho de 1991 que já previa a possibilidade de perda ou redução dos juros moratórios caso o credor concedesse crédito superior à capacidade de reembolso do tomador.¹⁰⁹¹ Ambas não são leis sobre o superendividamento, mas sim sobre crédito ao consumo, assunto que interessa àquele tema.

A Finlândia conta com lei sobre o tema desde 08/02/1993 e, embora se destine a devedores com dívidas não profissionais, desde que a atividade já tenha cessado, é possível aplicar o tratamento previsto ao superendividado que tenha contraído dívidas no exercício de uma atividade econômica.¹⁰⁹² O maior problema da lei finlandesa, a *Consumer Debt Adjustment Act* (ou *Act Concerning the Adjustment of Debts of Private Individuals*, 57/1993¹⁰⁹³) é dedicar-se somente ao superendividamento passivo, ignorando o endividamento ativo. É o que se depreende do art. 9º da lei.

Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado**: Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 94 a 96.

¹⁰⁸⁷ MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Uma lei para os consumidores superendividados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 76-89, jan/mar. 2007. p. 84.

¹⁰⁸⁸ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 220.

¹⁰⁸⁹ Nestas anotações sobre as legislações estrangeiras se mencionarão, além das leis sobre o superendividamento em si, leis sobre crédito ao consumo, já que em muito se relacionam com o tema.

¹⁰⁹⁰ Comité Económico e Social sobre o Sobreendividamento das Famílias – União Europeia. **Boletim UE 7/8-2000 e Parecer**. Disponível em: <<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002IE0511:PT:HTML>> Acesso em: 09.07.2007. p. 5.

¹⁰⁹¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao Consumidor e Superendividamento – Uma problemática Geral. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 17, p. 57-64, 1996. p. 61.

¹⁰⁹² MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Uma lei para os consumidores superendividados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 76-89, jan/mar. 2007. p. 84.

¹⁰⁹³ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável**: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 26.

A lei determina o prazo máximo de cinco anos para o plano judicial, mas abre exceção, podendo chegar a dez nos casos que envolvem bem imóvel que sirva de moradia para a família, conforme aduz artigo 30º, nº 2 e nº 3.¹⁰⁹⁴ Como boa parte das legislações, a finlandesa tem por base um procedimento judicial que parte de uma fase amigável, e outra, com a intervenção judicial do magistrado, em caso de insucesso da primeira.

O artigo 10º traz os casos que impedem o devedor de valer-se do procedimento, como condenação penal na atividade que gerou o débito, má-fé, razões que demonstrem que o devedor não cumprirá o plano, etc. Entre estes, a lei inclui o fato de já ter o devedor se valido deste regime, o que demonstra que o procedimento finlandês só pode ser aplicado uma vez. O art. 25, nº 3 prevê as hipóteses de perdão (extinção) total das dívidas, mas é tido como último recurso.¹⁰⁹⁵

Antes desta lei a Finlândia já possuía a Lei de Bancos (de depósito) de 28.12.90, que criou o Capítulo 5, intitulado “Proteção dos clientes”, por meio da qual também se promove a proteção do consumidor endividado ao proibir as práticas abusivas.¹⁰⁹⁶

Portugal não conta com lei para o tratamento dos superendividados, embora já possua projeto de lei sobre o tema e previsão no novo Código de Falências de 2004. Independente disto, desde há muito trata seus “sobreendividados” - como são chamados naquele país - por meio de lei sobre os contratos de crédito ao consumidor.

A primeira iniciativa com intenção de legislar sobre o tema do superendividamento se deu em março de 1999, quando José Sócrates, Ministro responsável pela defesa do consumidor da época, apresentou proposta extraída dos preparativos para o Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor. Inicialmente, a reação de todos foi contrária, principalmente em função da complexidade do mecanismo previsto naquele texto. Um ano mais tarde, a proposta foi reapresentada por Acácio Barreiros, então Secretário de Estado da

¹⁰⁹⁴ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitór; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 228 e 269.

¹⁰⁹⁵ Para um estudo mais aprofundado do trâmite do procedimento previsto na lei finlandesa indica-se a leitura de MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitór; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 262 a 271.

¹⁰⁹⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao Consumidor e Superendividamento – Uma problemática Geral. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 17, p. 57-64, 1996. p. 60.

Defesa do Consumidor. A nova versão não solucionara o problema da complexidade do sistema, mas trouxe melhorias como a introdução de um capítulo dedicado à prevenção do superendividamento, exigindo transparência na informação e publicidade. Ambas as propostas previam um sistema judicializado, com a mera participação de uma autoridade administrativa, com o fim de auxiliar o tribunal na elaboração dos planos. Mais um ano depois, em 2001, o Ministério da Justiça solicitou a elaboração de uma proposta legislativa ao Observatório Permanente da Justiça Portuguesa e ao Observatório do Endividamento dos Consumidores. Elaborada a proposta, ela foi apresentada pelo mencionado Secretário. Baseava-se em uma integração entre prevenção e tratamento, sendo o último realizado inicialmente de modo extrajudicial com os tribunais funcionando como instância recursal. Sem solução, o Grupo Parlamentar do Partido Socialista deu entrada, em 15 de maio de 2003, o “Projecto de Lei sobre a Prevenção e Tratamento do Sobreendividamento das Pessoas Singulares”, Projecto de Lei 219/IX/1.¹⁰⁹⁷

Também em 2003 foi apresentada na Assembleia da República uma proposta de modificação na lei de falências portuguesa, o “Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e de Falência” (CPEREF), com a finalidade de incluir as pessoas físicas. Aprovado pelo Decreto-Lei n° 132/93, de 23 de abril, o diploma legal tornou-se o novo “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), por meio do Decreto-Lei n° 53/2004, de 18 de março de 2004, passando a ter vigência a partir de setembro do mesmo ano. Os dispositivos sobre falência da pessoa singular estão dispersas ao longo deste Código, mas há uma parte específica para este tratamento no Título XII, são os Capítulos I, intitulado de “exoneração do passivo restante” entre os artigos 235° a 248° e o Capítulo II, entre os artigos. 249° a 263°, sob a denominação de “plano de pagamento aos credores”.

Embora o preâmbulo do CIRE refira que adota o modelo da *fresh start*, há, em verdade, um modelo misto, pois prevê dois procedimentos, um ligado à liquidação do patrimônio do devedor, e outro assente na elaboração de planos de pagamento aos credores. Ambos os procedimentos ocorrem no Tribunal comum, sendo que, no segundo, o plano de pagamento deve ser apresentado pelo devedor na primeira oportunidade, isto é, na inicial, se requerida por ele, ou na contestação, se requerida pelos credores. Todos os superendividados

¹⁰⁹⁷ MARQUES, Maria Manuel Leitão; FRADE Catarina. **Regular o Sobreendividamento**. Disponível em: <<http://www.gplp.mj.pt/home/conferencias/cire/Maria%20Manuel%20Leit%C3%A3o%20Marques.pdf>> Acesso em: 09.07.2007. p. 13 a 15.

podem recorrer a estes procedimentos independentemente da classificação, se ativos ou passivos, permitindo-se inclusive a pequenos empresários desde que não possuam dívidas trabalhistas, contem com um passivo de até 300.000 € e devam a, no máximo, vinte credores.

Outro ponto que demonstra que o Código não adota o modelo anglo-saxão puro, mas sim na forma mista, é a exigência de um período “probatório” de cinco anos, após a liquidação. Durante este prazo, o devedor deverá comprometer parte de seu rendimento para dívidas, e só depois deste período, caso não quitados os débitos e fins de pagamento de suas caracterizado o comportamento exemplar do superendividado, este poderá requerer a extinção *ipso iure* das dívidas impagas.¹⁰⁹⁸

Ficam de fora do procedimento as dívidas por alimentos (por tratar de interesse de terceiro necessitado), as dívidas fiscais (proteção ao interesse público) e as multas penais ou indenizações decorrentes de processo criminal (proteção da preservação da paz social e punição dos infratores).¹⁰⁹⁹

Quanto ao Anteprojeto português de Código de Defesa do Consumidor, este prevê a inclusão de seção específica intitulada “Procedimentos de reestruturação do passivo do devedor insolvente” do art. 581 a 653¹¹⁰⁰ com um procedimento basicamente judicial, iniciado com um requerimento ao tribunal que, recebida a petição, declara a insolvência do devedor e determina a citação dos credores. Promovida a dilação probatória necessária, o processo é encaminhado ao Gabinete de Apoio às Pessoas Sobreendividadas, o GAPS, que homologa o acordo voluntário ou estabelece um plano judicial de pagamento, caso inexitosa a fase conciliatória.

¹⁰⁹⁸ Como já aqui afirmado, os ordenamentos mais ligados ao modelo puro da *fresh start*, como EUA e, em certa medida, a Inglaterra, há a extinção *ipso iure* imediata e incondicional, enquanto os países europeus, como a lei alemã, que serviu de inspiração para esta lei portuguesa, exige-se um período durante o qual o devedor deve disponibilizar a parte penhorável de seus rendimentos. MARQUES, Maria Manuel Leitão; FRADE Catarina. **Regular o Sobreendividamento.** Disponível em: <<http://www.gplp.mj.pt/home/conferencias/cire/Maria%20Manuel%20Leit%C3%A3o%20Marques.pdf>> Acesso em: 09.07.2007. p. 15 a 17.

¹⁰⁹⁹ MARQUES, Maria Manuel Leitão; FRADE Catarina. **Regular o Sobreendividamento.** Disponível em: <<http://www.gplp.mj.pt/home/conferencias/cire/Maria%20Manuel%20Leit%C3%A3o%20Marques.pdf>> Acesso em: 09.07.2007. p. 17.

¹¹⁰⁰ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento.** Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 26 nota 41.

A tentativa de acordo realizada pelo GAPS se dá por meio da elaboração de um plano que deve ser aprovado pelos credores representantes de, no mínimo, 50% do montante geral dos débitos (art. 49º). A duração máxima destes planos, em Portugal, é de sete anos, conforme disposto no art. 14º. Caso não haja acordo, o plano é elaborado pelo Tribunal e este poderá parcelar ou mesmo perdoar o que entender necessário, podendo extinguir a dívida toda (art. 63º). Reestruturado o passivo, o superendividado não poderá valer-se deste procedimento pelos próximos dez anos como preceitua o art. 32º, 1, alínea d.¹¹⁰¹

Este projeto segue a lei norueguesa no que tange ao acesso, permitindo que se incluam no plano de pagamento as dívidas profissionais, desde que “(...) tais dívidas não sejam significativas na totalidade do passivo a reestruturar”, conforme previsão do art. 10º, 3. Também não farão parte do plano as dívidas fiscais e devidas à segurança social, exceto se sob permissão do Estado, como dita o art. 18º do projeto.¹¹⁰²

Interessante o estudo sobre as leis lusitanas, já que o intercâmbio de legislações entre Brasil e Portugal é bastante frequente, até mesmo pela proximidade cultural.¹¹⁰³ Portanto, o Brasil deve dedicar-se a estudar tal seção do anteprojeto português para, com grandes chances de sucesso, adaptá-lo à realidade brasileira. Quanto à regulamentação da concessão de crédito, desde 21.09.1991, quando entrou em vigor o Decreto 359/91, há proteção dos mutuários quando o crédito é concedido a pessoas físicas.¹¹⁰⁴

A Holanda prevê na lei de falências (*Dutch consumer bankruptcy Act*), desde dezembro de 1998, um “saneamento das dívidas das pessoas singulares” que prevê planos de pagamento que não podem ultrapassar o período máximo de três a cinco anos.¹¹⁰⁵ Isto se deu

¹¹⁰¹ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 292 a 294.

¹¹⁰² MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 293.

¹¹⁰³ MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 296.

¹¹⁰⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao Consumidor e Superendividamento – Uma problemática Geral. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 17, p. 57-64, 1996. p. 61.

¹¹⁰⁵ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 220 e 228.

em função da edição da “lei holandesa de reabilitação do débito das pessoas naturais”, no original: *Wet schuldsanering natuurlijke personen* ou *Wsnp*.¹¹⁰⁶

Há duas etapas no procedimento holandês, como salientam Nadja Jungmann e Nick Huls, da Erasmus Universiteit Rotterdam:

[...] the amicable procedure in which local debt counseling organizations, such as social welfare service, municipal banks and community social services, help with arrangements to settle the debts. There is also the statutory procedure in which the settlement of debts is carried out by administrators under supervision of bankruptcy judge (*rechter-commissaris*).¹¹⁰⁷

Assim, os bancos municipais de crédito (banco social) dos Países Baixos promovem, desde a década de trinta, a mediação entre os credores e os superendividados, promovendo, inclusive, planos de pagamento.¹¹⁰⁸

A Áustria trata do tema através da *Konkursordnungs-novelle*, desde 1993.¹¹⁰⁹ O procedimento prevê que o superendividado não pode exercer atividade comercial e encontrar-se em estado de insolvência. Exige, também, que o devedor seja interpelado por ao menos dois credores para ter direito ao tratamento.¹¹¹⁰ Neste país, o plano de pagamento pode durar no máximo entre sete e dez anos.¹¹¹¹

¹¹⁰⁶ JUNGSMANN, Nadja, HULS, Nick. **The shadow of the court**. International Conference Law and Society in the 21st Century: Transformations, Resistances, Futures. Humboldt-Universität zu Berlin, 27 July 2007. p. 1. KILBORN, Jason. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 100.

¹¹⁰⁷ “[...] o procedimento amigável no qual, organizações locais de aconselhamento de dívidas, tais como serviços de bem-estar social, bancos municipais e os serviços sociais comunitários, ajuda com planos para liquidar as dívidas. Existe também o processo legal em que a liquidação de dívidas é efetuada sob a supervisão dos juízes administradores da falência (*rechter-commissaris*).” (tradução livre) JUNGSMANN, Nadja, HULS, Nick. **The shadow of the court**. International Conference Law and Society in the 21st Century: Transformations, Resistances, Futures. Humboldt-Universität zu Berlin, 27 July 2007. p. 1.

¹¹⁰⁸ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 26. Nota 40.

¹¹⁰⁹ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 26.

¹¹¹⁰ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 221.

¹¹¹¹ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 228.

A Noruega, por meio da Lei de 17 de julho de 1992, vigente desde o primeiro dia do ano de 1993, admite as dívidas profissionais, desde que sejam insignificantes proporcionalmente ao montante total do débito.

A Suécia, com a lei de maio de 1994,¹¹¹² dedica-se aos superendividados residentes no país e não admite dívidas profissionais, bem como já beneficiados por um perdão judicial de dívida (extinção *ipso iure*). Aproxima-se muito do regime dinamarquês, seguindo os critérios de razoabilidade ao pedido de reabilitação financeira.¹¹¹³ A duração máxima dos planos de pagamento na Suécia, assim como na Noruega, é de cinco anos.¹¹¹⁴

A Suíça possui um sistema de falência das pessoas físicas em sua Lei de falências de 1889. No entanto, este sistema só se aproximou do tratamento do superendividamento com a reforma de 16 de dezembro de 1994¹¹¹⁵, passando a gerar efeitos desde o primeiro do ano de 1997. Prevê esta lei um procedimento prévio amigável de solução das dívidas. Contudo, o procedimento suíço prevê que o endividado deva pagar a alta remuneração do comissário nomeado pelo Tribunal, encarregado de elaborar e levar a efeito o plano voluntário de reescalonamento de dívidas, o que inviabiliza, na prática, a proteção do superendividado, que acaba na insolvência civil, reunindo o patrimônio para liquidação, sem qualquer proteção.¹¹¹⁶

Luxemburgo também possui lei sobre o tema desde outubro de 2001, baseando-se em planos de pagamento que podem chegar a um máximo de sete anos.¹¹¹⁷

¹¹¹² LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento.** Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 26.

¹¹¹³ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores.** Coimbra: Almedina, 2000. p. 221.

¹¹¹⁴ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores.** Coimbra: Almedina, 2000. p. 228.

¹¹¹⁵ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento.** Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 26.

¹¹¹⁶ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores.** Coimbra: Almedina, 2000. p. 220 e 222.

¹¹¹⁷ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores.** Coimbra: Almedina, 2000. p. 228. KILBORN, Jason. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 99.

Outros países também já regulamentaram o tema, e naqueles em que não há lei própria, há projetos de lei ou outros meios jurídicos para solucionar o problema do superendividamento. É o que ocorre na Espanha, que o faz por meio de dos princípios de seu Código de Defesa do Consumidor, e na Itália, que desde 2005 também conta com um código próprio para a defesa dos consumidores, etc.¹¹¹⁸

A União Europeia já contava com Diretivas tratando do crédito ao consumo desde 1986, quando lançou a Diretiva do Conselho 87/102 de 22.12.86, obrigando “todos os países da Comunidade europeia a proteger os consumidores contra os perigos do crédito”¹¹¹⁹, emendada pela Diretiva 90/88, de 22.02.90, sendo que entre estas houve ainda outra Diretiva do Conselho em 15.12.89.¹¹²⁰ Estas foram revogadas pela última Diretiva de número 48 aprovada em abril de 2008.

Em 1991, o Serviço de Política dos Consumidores da Comissão das Comunidades Europeias encomendou um Relatório ao *Leyden Institute of Law and Public Policy*. Este estudo, coordenado pelo Prof. Nich Hulls, resultou em dois volumes intitulados “*Overindebtedness of consumers in the EC member states: Facts and search for solutions*”, o primeiro, um Relatório Geral, e, o segundo, um conjunto de anexos referentes a cada estado membro da Comunidade Europeia.¹¹²¹

O Conselho do Comité Económico e Social, em Resolução de 13.07.1992 “sobre as prioridades futuras para o desenvolvimento da política de proteção dos consumidores, considerou, pela primeira vez, a investigação sobre o sobreendividamento como uma das prioridades.”¹¹²² A partir daí, o tema tomou relevância junto a este Comité europeu que trouxe contribuições para o tema.

¹¹¹⁸ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 219 e 220.

¹¹¹⁹ GLANZ, Semy. Responsabilidade Civil das Instituições Financeiras pela Má Concessão de Crédito. **Revista da EMERJ**, n. 1-2, p. 105-114. Rio de Janeiro, 1998. p. 111.

¹¹²⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao Consumidor e Superendividamento – Uma problemática Geral. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 17, p. 57-64, 1996. p. 59 e 60.

¹¹²¹ Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. **Endividamento e Sobreendividamento das Famílias Conceitos e Estatísticas para a sua Avaliação**. Disponível em: <http://www.oec.fe.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf_estudos_realizados/estudo_parte2%20cap_1.pdf> Acesso em: 09.07.2007. p. 7.

¹¹²² Comité Económico e Social sobre ao Sobreendividamento das Famílias – União Europeia. **Boletim UE 7/8-2000 e Parecer**. Disponível em: <<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002IE0511:PT:HTML>> Acesso em: 09.07.2007. p. 1. O texto tras toda a evolução do assunto no Comité Económico e Social europeu.

Hoje, quanto às diretivas da União Europeia¹¹²³, pode-se dizer que se resume à já mencionada Diretiva 48, do ano de 2008, que regulou os contratos de crédito ao consumo na comunidade europeia, criando medidas como, por exemplo, o prazo de reflexão de quatorze dias, a possibilidade de acesso a banco de dados de forma integrada entre os países membros da União Europeia, entre outras, mas que, no entanto, não conta com previsão sobre o tratamento do superendividamento, pois o legislador europeu optou por silenciar sobre este ponto.

No continente africano, pode-se mencionar a África do Sul, que muito avançou com a recente reforma de 2005. Segundo leciona a professora Michelle Kelly-Louw, da *University of South Africa*, este país preocupa-se com a falência individual desde 1968, quando foi editado o *Usury Act 73*. Depois disso, a legislação sul-africana contou ainda com o *Credit Agreements Act 74*, de 1980, e promoveu os chamados *Exemption Notices* (avisos de isenção) em 1992 e 1999. Em 1994, as *South African Law Reform Commission's* reconheceram a necessidade de uma revisão na legislação de crédito ao consumidor. Assim foi instaurada a *South African Department of Trade and Industry* ou DTI, com a finalidade de reorganizar a legislação local. Em 2005, a DTI designou e implementou o novo *National Credit Act 34*, trazendo um grande avanço para o superendividamento na África do Sul.¹¹²⁴

Entre os países latino-americanos, muito pouco se fez pelos superendividados. Pode-se mencionar a Argentina que, embora não possua lei própria, prevê, de certa forma, algumas medidas preventivas em sua lei de defesa do consumidor, possui lei específica para a regulamentação dos cartões de crédito¹¹²⁵ e principalmente por estar a doutrina adiantada, em comparação com os demais juristas latino-americanos de língua espanhola.

¹¹²³ Pode-se citar, também, a Diretiva 2002/65/CE do Parlamento e do Conselho da união europeia de 23.09.2002 - citada por Mário Frota em seu artigo - que instituiu o “regime dos serviços financeiros à distância”, que, embora adotada, tem tido sua aplicação prática adiada segundo o autor. FROTA, Mario. Serviços financeiros à distância – Um tijolo mais na edificação de um espaço econômico europeu único In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 44 e 45.

¹¹²⁴ KELLY-LOUW, Michelle. **Prevention of over-indebtedness and mechanisms for resolving over-indebtedness of South African consumers**. International Conference Law and Society in the 21st Century: Transformations, Resistances, Futures. Humboldt-Universität zu Berlin, 27 July 2007.

¹¹²⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 293.

A província do Québec no Canadá – única a adotar o direito continental romano-germânico naquele país - também apresenta soluções aos superendividados. A Lei Lacombe tem como diferencial a possibilidade de o devedor voluntariamente oferecer a parte penhorável do seu salário ao tribunal que o dividirá igualmente entre os credores.¹¹²⁶ Esta lei trabalha com planos de pagamento, e o interessante é que não há duração máxima para estes reescalamentos como estabelecem a maioria das legislações.¹¹²⁷

O sistema do restante do Canadá admite a inclusão de dívidas profissionais, desde que não ultrapassem o montante relativo à metade do valor total da dívida. Existe, assim como na lei norte-americana, a figura do *trustee*, contudo, neste país ele tem um papel mais próximo de um mediador.¹¹²⁸ Segundo Jacob Ziegel, este país adota uma versão de *fresh start* diferente da tradicional no *Bankruptcy and Insolvency Act* (BIA).¹¹²⁹

No Japão, refere Ramsay, o estigma cultural do superendividado é muito forte, chegando a ocasionar grande número de suicídios com esta motivação. Isso vem a demonstrar a amplitude dos problemas que o superendividamento causa, extrapolando a linha do problema financeiro e causando problemas psicológicos de extrema gravidade que podem ter consequências trágicas, dependendo da cultura daquela sociedade e do sentimento de culpa e frustração dos indivíduos. Felizmente algumas alterações na legislação japonesa sobre o tema tornaram o tratamento ao superendividamento mais acessível, reduzindo significativamente o número de suicídios e aumentando os pedidos de auxílio. Hoje, a quantidade de superendividados que contam com o procedimento de recuperação supera até mesmo os números da Inglaterra e País de Gales, o que pode ter ocasionado uma redução no número de suicídios também (*This may have reduced the suicide rate*).¹¹³⁰

¹¹²⁶ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 223.

¹¹²⁷ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 227.

¹¹²⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 295.

¹¹²⁹ ZIEGEL, Jacob. **The challenges of comparative consumer insolvencies**. In: Penn State International Law Review, Winter 2005. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 5.

¹¹³⁰ RAMSAY, Iain. **Comparative Consumer Bankruptcy** – Symposium: Consumer bankruptcy and credit in the wake of the 2005 act. In: University of Illinois Law Review, 2007. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 11.

Na Austrália, há o sistema introduzido em 1996, chamado de *debt agreements*, é conhecido por sua simplicidade, flexibilidade e informalidade, conforme os professores John Duns da *Monash University* e Rosalind Mason da *Queensland University of Technology*.¹¹³¹ Este sistema bastante simples e acessível conta com petições em formulários de fácil preenchimento. Se a documentação exigida estiver de acordo, o *Official Receiver* aceita o pedido, e o procedimento se inicia automaticamente.¹¹³² Há uma primeira fase amigável e administrativa que busca um acordo. Neste, o devedor propõe um *debt agreement*, isto é, um acordo de pagamento ao credor. Inexitosa a proposta, passa-se à fase judicial.¹¹³³ A última reforma promovida no país deu-se em julho de 2007, alterando alguns aspectos do procedimento.¹¹³⁴

Embora seja um país do *common law*, conforme a Professora Gail Pearson, da *The University of Sydney*, para o tratamento da grande maioria dos superendividados se procede a elaboração de planos de pagamento, não seguindo as ideias mais liberais da *fresh start* genuína.¹¹³⁵

Dentre os que adotam a política do *fresh start* mais puro, que de regra são países do *common law*, pode-se citar a Inglaterra, que prevê o procedimento de combate ao superendividamento, ou *overindebtness*, no *Insolvency Act*, de 1986. Além deste procedimento mais conhecido, o superendividado pode se valer do acordo amigável individual, isto é, o *individual voluntary arrangement*, ou IVA, previsto no mesmo *Insolvency Act*, bem como “ao método de administração judicial de dívida durante um certo período

¹¹³¹ DUNS, John, MASON, Rosalind. **Debt Agreements Down Under: Straining the KISS Principle.** International Conference Law and Society in the 21st Century: Transformations, Resistances, Futures. Humboldt-Universität zu Berlin, 28 July 2007. p. 1.

¹¹³² ZIEGEL, Jacob. **The challenges of comparative consumer insolvencies.** In: Penn State International Law Review, Winter 2005. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 8.

¹¹³³ DUNS, John, MASON, Rosalind. **Debt Agreements Down Under: Straining the KISS Principle.** International Conference Law and Society in the 21st Century: Transformations, Resistances, Futures. Humboldt-Universität zu Berlin, 28 July 2007. p. 4.

¹¹³⁴ DUNS, John, MASON, Rosalind. **Debt Agreements Down Under: Straining the KISS Principle.** International Conference Law and Society in the 21st Century: Transformations, Resistances, Futures. Humboldt-Universität zu Berlin, 28 July 2007. p. 7 a 9.

¹¹³⁵ Anotações pessoais colhidas junto à professora Gail Pearson em reunião realizada durante visita à Universidade Federal do Rio Grande do Sul no dia 15.08.2008 para a palestra: PEARSON, Gail. **A Proteção dos Consumidores na Austrália.** Palestra internacional realizada em 14 de agosto de 2008, no salão nobre da Faculdade de Direito/UFRGS. Organização Profª. Dra. Cláudia Lima Marques e Augusto Jaeger Junior, realizado pela Especialização em Direito Internacional da UFRGS – O Novo Direito Internacional em conjunto com a Especialização em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais da UFRGS, PROCAD e a CAPES.

(*administration order*, segundo o disposto no *County Courts Act*, de 1984). Neste último, há a elaboração de planos que não podem ultrapassar a duração de três anos.¹¹³⁶

Desde 1572, a Grã-Bretanha regulamenta as vendas a crédito, sendo que, a partir de 1890, os chamados *pawnbrokers* que ofereciam empréstimos, foram substituídos pelos vendedores a crédito. Em 1968, um comitê, sob a presidência do Lord Crowther, organizou a legislação inglesa sobre crédito e elaborou relatório publicado em março de 1971, que culminaria, em 1974, no *Consumer Credit Act*, que permite, em caso de insolvência, que a Corte possa determinar a redução do débito até um patamar razoável. Contudo, somente dez anos depois surgiram os decretos para a aplicação desta lei.¹¹³⁷

Os Estados Unidos da América trazem duas formas de procedimentos: uma prevista no Capítulo 7 do *Bankruptcy Code* de 1978, mais próxima do modelo anglo-saxão, chamada de *straight bankruptcy*. Outra no Capítulo 13 do mesmo código, que se aproxima mais do modelo da reeducação com menos liberações e mais planos de pagamento, denominado de *reorganization*.¹¹³⁸

A primeira lei de falências norte-americana remonta ao ano de 1898 e desde esta data já se destinava notadamente a pessoas físicas, em especial, a agricultores e pequenos empresários que sofriam com a recessão. A solução já seguia a linha da *fresh start*, pois não havia outra solução naquele momento, senão liquidar o patrimônio remanescente. Estava criado o Capítulo 7. Anos mais tarde, em 1938, elaborou-se o Capítulo 13, permitindo que os devedores buscassem um plano para pagamento escalonado das dívidas em vez de liquidar seu patrimônio de imediato. Hoje, estas normas encontram-se no Código Americano de Falências, o *Bankruptcy Code*.¹¹³⁹

¹¹³⁶ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 228.

¹¹³⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao Consumidor e Superendividamento – Uma problemática Geral. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 17, p. 57-64, 1996. p. 60. GIANCOLI, Brunno Pandori. **O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 36 e 37.

¹¹³⁸ MARQUES, Maria Manuel Leitão; FRADE Catarina. **Regular o Sobreendividamento**. Disponível em: <<http://www.gplp.mj.pt/home/conferencias/cire/Maria%20Manuel%20Leit%C3%A3o%20Marques.pdf>> Acesso em: 09.07.2007. p. 12

¹¹³⁹ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 272 a 274.

O Capítulo 7 “obriga o devedor a abrir mão de todos os seus bens não-isentos de modo a que da sua venda resulte o montante necessário para cobrir a dívida”.¹¹⁴⁰ Para dar início a este procedimento, deve o falido ou qualquer dos credores - embora dificilmente algum credor opte por esta via, pois corre sério risco de vir a não recuperar nada -, requerer, por meio de uma petição entregue no tribunal de falências com todas as informações pertinentes sobre o devedor e seus gastos mínimos, sobre todos os credores e sobre a natureza e montante das dívidas. Com o recebimento do pedido, automaticamente se suspendem as execuções contra o devedor pelo período de vinte a quarenta dias (*automatic stay*) e é nomeado um administrador, o chamado *trustee*. Neste período, o devedor é chamado a responder a questões levantadas pelo *trustee* ou por seus credores.

A repúdia dos credores a este sistema se dá porque são comuns os chamados *discharge*, ou os perdões de dívida. Alguns autores americanos criticam a facilidade com que o perdão (extinção *ipso iure*) é concedido e os efeitos deste: “Bankruptcy allows debtors to eliminate all or most of their debt; with the stroke of a pen, a judge can instantly sign away thousands of dollars of debt.”¹¹⁴¹ Entretanto, o perdão só pode ser conferido a devedor singular, não abrange qualquer tipo de dívida, bem como não anula as garantias sobre os seus bens.

Encerrado o procedimento, o devedor está pronto para recomeçar a vida do zero, não podendo, entretanto, valer-se deste procedimento por no mínimo seis anos.¹¹⁴²

O Capítulo 13 permite que o devedor mantenha os bens desde que elabore um plano para pagamento parcelado de seus débitos. É a chance de o devedor não ter de desfazer-se de todos seus bens penhoráveis, já que o pagamento se dá com rendas futuras.

As normas do Capítulo 7, regime mais utilizado pelos superendividados americanos, aplicam-se tanto para a falência de pessoas físicas quanto jurídicas, já o Capítulo 13 dedica-se somente a pessoas físicas com rendimento até um determinado *plafound* que fixa em US\$

¹¹⁴⁰ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 279.

¹¹⁴¹ “A falência permite ao devedor eliminar todos ou a maioria de seus débitos com o golpe de uma caneta, o juiz pode instantaneamente transferir (a propriedade, no sentido de extinguir) milhares de dólares em dívidas.” (tradução livre) PORTER, Katherine; THORNE, Deborah. **The failure of bankruptcy’s fresh start**. In: Cornell Law Review, November, 2006. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 1.

¹¹⁴² MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 279 a 282.

250.000,00 ou US\$750.000 quando a dívida for de garantia.¹¹⁴³ Este último, que prevê a elaboração de planos, estabelece, como prazo máximo, entre três e cinco anos para a duração destes.¹¹⁴⁴

Assim como o Capítulo 7, este se inicia com um requerimento entregue pelo devedor ao tribunal de falências. Também se pode iniciar este procedimento nos casos em que o devedor propuser sua falência pelo sistema do Capítulo 7 e passe a ter condições de se comprometer com um plano de pagamento. Também no capítulo 13 há a suspensão das execuções e, no prazo de quinze dias a contar do início do procedimento, o devedor deve apresentar o plano de pagamento com prestações calculadas a partir do rendimento disponível (*disposable income*), isto é, que exceda ao mínimo existencial.¹¹⁴⁵

Homologado o plano, passa-se à execução dele. No prazo legalmente estipulado (três anos prorrogáveis pelo tribunal por mais dois), o devedor deve ter quitado todos os créditos com garantia. Caso o devedor tenha dificuldades ou mesmo deixe de cumprir o plano, o *trustee* pode anular o processo iniciado pelo Capítulo 13, e o devedor pode convertê-lo para o sistema do Capítulo 7, a fim de obter a extinção *ipso iure* das dívidas.¹¹⁴⁶

Há, ainda, a possibilidade de perdão nos casos de fato superveniente causador de uma onerosidade excessiva. A denominação dada não é essa, mas o dispositivo chamado de *hardship discharge*¹¹⁴⁷ tem esta finalidade.

Ainda que possua o procedimento do Capítulo 13, “The principal theory of consumer bankruptcy in America is that provides a ‘fresh start’ to debtors.”¹¹⁴⁸

¹¹⁴³ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 223.

¹¹⁴⁴ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 228 e 283.

¹¹⁴⁵ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 283 a 285.

¹¹⁴⁶ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 284.

¹¹⁴⁷ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 284.

¹¹⁴⁸ “A principal teoria da falência do consumidor na América é a que proporciona um ‘novo começo’ aos devedores” (tradução livre) PORTER, Katherine; THORNE, Deborah. **The failure of bankruptcy’s fresh start**. In: Cornell Law Review, November, 2006. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>.

Desde a década de sessenta, discute-se ferrenhamente, nos EUA, sobre o acesso ao Capítulo 7. Alguns juristas entendem pela restrição a este procedimento, visto como prejudicial aos credores, principalmente pelo uso oportunista de certos devedores, e outros defendem o amplo acesso a este capítulo a fim de prestar maior auxílio aos superendividados.¹¹⁴⁹ Nos últimos anos, o governo Bush, a pretexto de um abuso na utilização do modelo do Capítulo 7, editou modificações que resultaram no *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* de 20.04.2005 (BAPCPA), que prevê reduções aos direitos do consumidor e não o previne contra abusos praticados por financeiras. Este regramento reduz significativamente o acesso a ambos os procedimentos, mas sobremaneira ao do Capítulo 7 e cria a *means test* que consiste em uma profunda investigação no patrimônio do devedor, realizada anteriormente ao início do procedimento do Capítulo 7, visando reconduzir o processo ao disposto no Capítulo 13.¹¹⁵⁰ Também desde 2005, tendo em vista que 75% dos planos de pagamento não eram bem sucedidos, aumentou-se o prazo do plano de pagamento de três para cinco anos.¹¹⁵¹ Embora o foco da política do sistema norte-americano seja o tratamento, e a prevenção seja o forte dos europeus¹¹⁵², o BAPCPA passou a criar mais normas para a prevenção, restringindo o tratamento.¹¹⁵³

Katherine Porter e Deborah Thorne criticam o Capítulo 7 como está redigido em seu artigo intitulado “*The failure of bankruptcy’s fresh start*” ou “O fracasso da falência no modelo *fresh start*”. Aduzem que este procedimento tem demonstrado sua incapacidade para reeducar os superendividados que tornam a se superendividar reiteradamente, a demonstrar um problema crônico que não se resolve com a simples desresponsabilização dos devedores.¹¹⁵⁴ As autoras baseiam sua afirmação em uma pesquisa realizada com 359 superendividados, que veio a demonstrar que o procedimento não os reabilitou. “This Article

¹¹⁴⁹ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 274 a 279.

¹¹⁵⁰ PEREIRA, Wellerson Miranda. Superendividamento e crédito ao consumidor: reflexões sob uma perspectiva de direito comparado. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 173.

¹¹⁵¹ DICKERSON, Michele. Univ. do Texas-Austin, Estados Unidos. **Superendividamento do Consumidor: Uma Perspectiva Norte-Americana**. Seminário realizado em 02 de outubro de 2007 no salão nobre da Faculdade de Direito/UFRGS.

¹¹⁵² RAMSAY, Iain. **Comparative Consumer Bankruptcy** – Symposium: Consumer bankruptcy and credit in the wake of the 2005 act. In: University of Illinois Law Review, 2007. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 5.

¹¹⁵³ RAMSAY, Iain. **Comparative Consumer Bankruptcy** – Symposium: Consumer bankruptcy and credit in the wake of the 2005 act. In: University of Illinois Law Review, 2007. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 1.

¹¹⁵⁴ PORTER, Katherine; THORNE, Deborah. **The failure of bankruptcy’s fresh start**. In: Cornell Law Review, November, 2006. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>.

explores the postbankruptcy financial experiences of families and implications of these experiences.”¹¹⁵⁵ E conclui:

Instead of being a panacea for consumer financial distress, Chapter 7 bankruptcy relief is insufficient to ensure lasting financial well-being for one in three households. After bankruptcy, these families experience income declines often related to job or medical problems that limit their abilities to turn bankruptcy’s fresh start into sustainable financial health.

[...]

Stable and sufficient income not only helps insulate families from the underlying problems that lead to bankruptcy, it is also critical to preventing these debtors from experiencing a subsequent economic collapse.¹¹⁵⁶

Quanto à regulamentação da concessão de crédito, desde 1968 já havia o *Consumer Credit Protection Act* com emendas em 1970 e 1974 para a inclusão dos cartões de crédito, sendo que, na mesma reforma de 1974, houve a criação do *Equal Credit Opportunity Act*, impedindo qualquer tipo de discriminação na concessão de crédito, havendo, ainda, emenda em 1980. Esta lei prevê “em primeiro lugar, a transparência e a informação ao consumidor (*Title I – Truth in Lending Act*), em segundo lugar, a defesa contra práticas abusivas (*Title II – Extortionate Credit Transaction*), em terceiro lugar, restrições ao excesso de garantias (*Title III – Restrictions on Garnishment*).”¹¹⁵⁷

Interessante perceber que a política da *fresh start* americana tem exercido forte influência nas legislações mais recentes sobre superendividamento.¹¹⁵⁸ De fato, este país atribui grande relevância à falência da pessoa física. Importa frisar que, nos EUA, embora haja autonomia dos estados para legislar acerca de direito material, a insolvência é matéria de

¹¹⁵⁵ “Este artigo investiga a experiência financeira das famílias no pós falência e as implicações destas experiências.” PORTER, Katherine; THORNE, Deborah. **The failure of bankruptcy’s fresh start**. In: Cornell Law Review, November, 2006. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 2.

¹¹⁵⁶ “Em vez de ser a panacéia para o sofrimento financeiro dos consumidores, o alívio do Capítulo 7 do Código de Falências é insuficiente para garantir um duradouro bem-estar financeiro para um em cada três lares. Após a falência, na prática, freqüentemente a renda destas famílias sofre uma redução relacionada com o emprego ou problemas médicos que limitam suas capacidades de transformar a falência pelo procedimento da fresh start em uma saúde financeira sustentável. (...) Somente a renda estável e suficiente não ajuda a isolar as famílias dos problemas secundários que a falência causa, também é necessário uma crítica, prevenindo esses devedores de vivenciarem um colapso econômico subsequente. (tradução livre) PORTER, Katherine; THORNE, Deborah. **The failure of bankruptcy’s fresh start**. In: Cornell Law Review, November, 2006. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 23.

¹¹⁵⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao Consumidor e Superendividamento – Uma problemática Geral. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 17, p. 57-64, 1996. p. 61.

¹¹⁵⁸ RAMSAY, Iain. **Comparative Consumer Bankruptcy** – Symposium: Consumer bankruptcy and credit in the wake of the 2005 act. In: University of Illinois Law Review, 2007. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 4.

competência – tanto jurisdicional, como legislativa – federal, portanto uniforme para todo o país.¹¹⁵⁹ Mais um indicativo da grande importância dada ao assunto no país.

Consignem-se, por derradeiro, as palavras de Maria Manuel Leitão Marques:

Dois modelos competem pela melhor solução. O da *'fresh start'* e o da *'reeducação'*. Liquidação com perdão de dívidas e sem penhora do rendimento futuro, ou um plano de reembolso prolongado para todas ou uma parte delas, eis a sua opção básica. A vantagem do primeiro é permitir ao devedor reiniciar a sua vida sem encargos do passado; a do segundo é responsabilizá-lo. Pelos compromissos assumidos. O primeiro é acusado de conceder perdão a devedores que poderiam pagar uma parte de suas dívidas, e com isso prejudicar os credores; o segundo, de não se adequar a muitos casos de sobreendividados cujo rendimento limitado frustra o esforço da organização de um plano que dificilmente poderão cumprir. Na prática, contudo, os modelos tendem cada vez mais a misturar-se.¹¹⁶⁰

¹¹⁵⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao Consumidor e Superendividamento – Uma problemática Geral. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 17, p. 57-64, 1996. p. 61.

¹¹⁶⁰ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vítor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 304.

5 COMBATE AO SUPERENDIVIDAMENTO

Analisado o instituto sob um viés conceitual e classificatório, passa-se a estudar os mecanismos para o enfrentamento deste fenômeno social.

5.1 Formas de enfrentamento e minoração dos efeitos do superendividamento

Em se tratando de um problema macro, que envolve diversas ciências e que atinge a centenas de milhares, ou talvez, milhões de pessoas no Brasil, a solução também deve se dar em um âmbito coletivo, com medidas de política do consumidor, elaboradas pelo Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, mais especificamente, pelo Ministério da Justiça, por meio do órgão responsável por situações desta ordem, o Departamento Nacional de Proteção ao Crédito (DNPC) e aplicadas em conjunto com os Procons em suas áreas específicas de atuação. Enquanto não contamos com tais medidas, podemos, não resolver, mas mitigar provisoriamente os efeitos de tal fenômeno, por meio da legislação consumerista vigente de modo preventivo e através do tratamento de casos isolados por meio do judiciário.¹¹⁶¹

O primeiro se dá por deveres impostos pelo CDC enquanto o segundo se dá caso a caso perante os Tribunais. Ocorre que, muitas vezes, as Cortes funcionam quase que como escritórios de cobrança, adstritos ao dogma do voluntarismo, ao afirmarem que o que está contratado não pode ser desrespeitado e da legalidade das condutas dos concedentes do crédito, que não cobram nada que não é devido em conformidade com a lei. Lei esta que, com as interpretações convenientes, não proíbe muito, pois autoriza taxas de juros exorbitantes e manobras para ludibriar os consumidores vulneráveis.¹¹⁶²

Em juízo, enquanto o consumidor se vale do advogado que seus rendimentos podem arcar ou de uma Defensoria Pública que, embora extremamente competente, é atolada de processos e sem infraestrutura para dar a devida atenção a todos, os fornecedores se valem

¹¹⁶¹ TIMM, Luciano Benetti. **O superendividamento e o direito do consumidor**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor., Porto Alegre, magister, n. 8, p. 40-55, abr/maio, 2006. p. 43.

¹¹⁶² TIMM, Luciano Benetti. **O superendividamento e o direito do consumidor**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor., Porto Alegre, magister, n. 8, p. 40-55, abr/maio, 2006. p. 43.

dos maiores escritórios de advocacia, nacionais e internacionais, muitas vezes especializados ou com áreas inteiras que contam com juristas treinados para tratar de tais cobranças. Quanto a tal problema, o Estado tem encontrado soluções como a tutela de interesses coletivos e difusos do Ministério Público, o aparelhamento e recrutamento de novos membros para as Defensorias Públicas, que em muito têm se esforçado no combate ao superendividamento, e mesmo por meio de ritos que dão mais acessibilidade à Justiça, como os Juizados Especiais Cíveis, previstos na Lei 9.099/95, que tem altos índices de aprovação perante a população brasileira. Nestes, as medidas são tomadas de modo mais célere e permitem o enfrentamento de casos de superendividados através da conciliação.¹¹⁶³ No entanto, não há como negar que os bancos e financeiras têm vantagens estruturais e econômicas também quando em juízo.

Por outro lado, o Judiciário de vanguarda tem auxiliado em muito os superendividados brasileiros como se começa a ver das jurisprudências mais recentes. E parece que este é o melhor caminho para a solução deste fenômeno – e talvez o único enquanto não contarmos com lei específica –, na medida em que este Poder pode fiscalizar a aplicação dos deveres dos fornecedores previstos no CDC, que auxiliam na prevenção, bem como adotar medidas para o tratamento.

“Os maiores problemas de dogmática jurídica a serem enfrentados, então, relativamente ao tema do superendividamento, são os de equilíbrio na relação contratual, direito à informação e esclarecimento e proteção contra o marketing.”¹¹⁶⁴

O superendividamento é um problema mais do que jurídico, social¹¹⁶⁵, e como problema traz apenas malefícios às partes, motivo pelo qual o seu enfrentamento traz vantagens não apenas para os devedores, mas alcança, também, os credores, pois permite pagamento a longo prazo e garante uma justa distribuição dos pagamentos possíveis ao evitar a ação de um credor “oportunista”¹¹⁶⁶ que se adiante na cobrança e impeça o pagamento dos

¹¹⁶³ TIMM, Luciano Benetti. **O superendividamento e o direito do consumidor**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor., Porto Alegre, magister, n. 8, p. 40-55, abr/maio, 2006. p. 43.

¹¹⁶⁴ TIMM, Luciano Benetti. **O superendividamento e o direito do consumidor**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor., Porto Alegre, magister, n. 8, p. 40-55, abr/maio, 2006. p. 43 e 44.

¹¹⁶⁵ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Superendividamento: propostas para um estudo empírico e perspectiva de regulação. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 333.

¹¹⁶⁶ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 213.

demais débitos daquele devedor superendividado, além de beneficiar a sociedade, na medida em que menor número de inadimplentes impede a inflação, reduz a taxa de juros¹¹⁶⁷ e aumenta o crédito saudável, bem como minimiza os gastos sociais decorrentes do tratamento de um superendividado, como segurança social, habitação, demandas judiciais¹¹⁶⁸, entre outras despesas naturais que alguém, em estado de miséria, demanda do Estado/sociedade, pois não se pode esquecer de que vivemos em um Estado Democrático e Social de Direito, onde a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades são objetivos expresso na Constituição Federal.

Como são diversas as técnicas de proteção preventivas (e de observação) e repressivas (de tratamento) para mitigação dos efeitos do superendividamento¹¹⁶⁹, analisar-se-ão uma a uma. Mas antes disso, importa registrar que quando se estudam as formas de enfrentamento do fenômeno social do endividamento excessivo, deve-se saber que nem sempre eles funcionam. É o que afirma Teri Rebecca Daniel¹¹⁷⁰, que mais adiante apresenta as soluções que entende mais adequadas. Mas o que diz a autora e o que se pretende aqui registrar, é que nem todos os meios surtem o efeito desejado e que muitas vezes o consumidor não é protegido adequadamente com as formas de enfrentamento disponíveis. O melhor é analisar o caso concreto e verificar qual medida pode solucionar, ou melhor, mitigar os efeitos nefastos do superendividamento.

5.1.1 Prevenção

¹¹⁶⁷ Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. **Endividamento e Sobreendividamento das Famílias Conceitos e Estatísticas para a sua Avaliação**. Disponível em: <http://www.oec.fe.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf_estudos_realizados/estudo_parte2%20cap_1.pdf> Acesso em: 09.07.2007. p. 5.

¹¹⁶⁸ GIANCOLI, Brunno Pandori. **O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 9. MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vítór; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 214.

¹¹⁶⁹ KIRCHNER, Felipe. Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, n. 65, p. 63-113, jan./mar. 2008. p. 65.

¹¹⁷⁰ DANIEL, Tery Rebecca. **Improvident extension of credit as an extension of unconscionability: Discover Bank v. Owens and a debtor's rights against credit card companies**. In: *Cleveland State Law Review*, 2006. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 8.

A aplicação prática dos meios preventivos é extremamente complexa na atual sociedade dada a cultura do litígio que se instaurou nos centros de ensino jurídico que formam operadores do direito voltados para a atuação contenciosa. Tradicionalmente se tem a visão do Direito como a ciência que trata os conflitos, olvidando que é também sua função preveni-los.¹¹⁷¹

Preventivamente, o Estado pode atuar impondo deveres de informação antes da pactuação (aspecto positivo da boa-fé) e proibindo cláusulas abusivas (aspecto negativo da boa-fé). Quanto ao primeiro, o dever de transparência, cooperação e esclarecimento devem pautar a conduta do fornecedor a fim de possibilitar uma reflexão por parte do consumidor, garantindo que a decisão de contratar foi, de fato, produto de sua razão.¹¹⁷²

5.1.1.1 Dever de informação e demais deveres dos fornecedores

O direito à informação clara e adequada é um direito básico do consumidor, conforme se depreende do art. 6º, III do CDC, também previsto constitucionalmente se relacionado com o art. 5º, XIV da CF que assegura “a todos o acesso à informação” e o desrespeito a esta prerrogativa lesa os direitos fundamentais do consumo¹¹⁷³, pois “a idéia de transparência nada mais é do que uma derivação do princípio maior da boa-fé objetiva”.¹¹⁷⁴ E não basta a transmissão desta informação, deve o fornecedor transmiti-la de modo compreensível, pois este é o objetivo do disposto no art. 31, assim como o art. 46, e, por isso a informação incompreensível não obriga o consumidor¹¹⁷⁵.

¹¹⁷¹ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Superendividamento: propostas para um estudo empírico e perspectiva de regulação. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 315.

¹¹⁷² TIMM, Luciano Benetti. **O superendividamento e o direito do consumidor**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor., Porto Alegre, magister, n. 8, p. 40-55, abr/maio, 2006. p.46 e 47.

¹¹⁷³ LORENZETTI, Ricardo Luiz. **La emergencia económica y los contratos**. 2. ed. ampl. e act. Buenos Aires: Rubinzal – culzoni, 2002. p. 332 e 333.

¹¹⁷⁴ SANTOLIM, César Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 55, jul/set. 2005. p. 74.

¹¹⁷⁵ MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Uma lei para os consumidores superendividados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 76-89, jan/mar. 2007. p. 80 e 81. CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Superendividamento: propostas para um estudo empírico e perspectiva de regulação. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do**

Muitos são os artigos que tratam do tema no CDC: “art. 4º, IV; art. 6º, III; art. 8º; 9º; 10; 12; 14; 18; 19; 20; 30; 31; 33; 35; 36; 37; 38; 39, VII; 40; 43; 44; 46; 47; 48; 50; 52; 54, §§ 3º e 4º; 55, §§ 1º e 4º; 60; 63; 64; 66; 67; 68; 69; 72; 73 e 74. Vale destacar ainda, que dos 12 crimes previstos no Título II, apenas 3 não são relativos à informação.”¹¹⁷⁶ Podendo-se acrescentar a esta relação o art. 51, IV do CDC no que toca à matéria nas cláusulas abusivas.¹¹⁷⁷ E o direito à informação só está espalhado por quase todo o Código porque este dever aparece em quase todas as situações que envolvam uma relação de consumo. Esta é uma obrigação baseada na confiança necessária depositada pelo consumidor “no profissional que detém os conhecimentos técnicos da operação de crédito ofertada.”¹¹⁷⁸

A informação perfeita é fundamental para uma escolha racional. Os efeitos econômicos da assimetria informativa são muito bem desenvolvidos por Fernando Araújo em “Teoria econômica do contrato”¹¹⁷⁹. Nesta obra, o autor afirma que é comum que a doutrina, ao simplificar, acaba por presumir a simetria de informação. Deixar de perceber a falha na informação ou na captação desta promove uma “ignorância racional”¹¹⁸⁰, o que impede a proteção correta do consumidor.

Os artigos que tratam da oferta e da publicidade (seções II e III do Capítulo V o Título I do CDC), notadamente o artigo trinta, servem como proteção ao marketing e à publicidade agressiva, trazendo mais responsabilidade aos publicitários de crédito. No Brasil, ao contrário de muitos países europeus, não há maiores proibições a certas técnicas de convencimento do consumidor. É necessário que haja restrições quando o produto vendido é o crédito, dado o risco que ele representa. A publicidade deve ser controlada, a fim de impedir exageros que

Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 335.

¹¹⁷⁶ MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Uma lei para os consumidores superendividados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 76-89, jan/mar. 2007. p. 80, Nota 12.

¹¹⁷⁷ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz, LIMA, Clarissa Costa de. Tratamento do crédito ao consumo na América Latina e superendividamento. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado:** Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 197.

¹¹⁷⁸ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado:** Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 239.

¹¹⁷⁹ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

¹¹⁸⁰ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 281.

provoquem uma euforia consumista a afrontar a conduta ética dos profissionais da propaganda e do marketing.¹¹⁸¹

Quanto ao mencionado artigo 30¹¹⁸² que vincula o fornecedor a sua oferta, bem como o art. 52, II do CDC, mais precisamente sobre os juros, estes têm grande aplicabilidade nos contratos de crédito já que não é incomum as empresas noticiarem vendas a juro zero, quando de fato há desconto à vista e, portanto juro embutido; ou o juro zero se aplica somente a algumas situações, o que não é mencionado na campanha publicitária; ou a taxa de juro ofertada acaba por não representar o cálculo correto já que permitida a sua capitalização, ou a cumulação de taxas que embutem juros, como a comissão de permanência, entre outras¹¹⁸³; ou ainda, é informado somente a taxa mensal, omitindo-se a anual, para que não fique claro que tais taxas atingem a monta de mais oitenta por cento e, em alguns casos, como nos cartões de crédito, podem ultrapassar a cem por cento.¹¹⁸⁴ Se estes dispositivos forem aplicados com o devido rigor, os anúncios passarão a veicular o que de fato vendem e não uma ilusão para ludibriar consumidores.

O artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor exige clareza na contratação, visando racionalizar o ato da compra e afastando o consumidor da influência publicitária. Alerta-se, ainda, para a combinação deste dispositivo com o artigo 52 do mesmo diploma nas situações que envolvem crédito.¹¹⁸⁵ Este artigo impõe ao fornecedor de crédito o dever de informar o

¹¹⁸¹ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 289.

¹¹⁸² TIMM, Luciano Benetti. **O superendividamento e o direito do consumidor**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor., Porto Alegre, magister, n. 8, p. 40-55, abr/maio, 2006. p. 51.

¹¹⁸³ MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 303.

¹¹⁸⁴ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 241.

¹¹⁸⁵ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 108. BERTONCELLO, Karen Rick Danilevich, LIMA, Clarissa Costa de. Tratamento do crédito ao consumo na América Latina e superendividamento. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 196. MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 286.

verdadeiro custo da aquisição, incluindo-se todos os encargos decorrentes da compra a prazo, tais como acréscimos e juros.¹¹⁸⁶ Contudo, na prática, é trivial a afronta a este dispositivo, já que os bancos costumam colher assinaturas “dos clientes em contratos impressos, cujas condições gerais estão registradas em cartórios de títulos e documentos e não são entregues aos clientes, que, no entanto, assinam dizendo que conhecem as cláusulas.”¹¹⁸⁷ Outro instrumento legal é o artigo 47 do CDC, que também visa esta garantia de informação ao estabelecer a hermenêutica de contratos confusos e mal redigidos.¹¹⁸⁸ No caso de contratos de adesão, acrescentem-se, também, o art. 54, § 3º e o 4º do CDC que exigem uma redação clara de modo a facilitar a compreensão do consumidor.¹¹⁸⁹ Todas essas previsões pretendem que o consumidor “possa bem compreender a extensão do compromisso financeiro que está assumindo”.¹¹⁹⁰

A proteção do consumidor contra a publicidade está nas regras dos artigos 36 a 38 e 67 a 69, inclusive seus parágrafos e incisos, todos do CDC; no controle privado pelo Conselho de Auto Regulação Publicitária (Conar), fiscalizando os anúncios no plano ético; bem como nos princípios como os da vinculação contratual da publicidade (consagrado nos arts. 30 e 35 do CDC), da veracidade (art. 37, § 1º do CDC, onde não se exige nem mesmo a ocorrência de dano concreto, basta a veiculação de uma publicidade enganosa), não abusividade da publicidade (art. 37, § 2º do CDC, mais vinculado aos padrões sociais e éticos da sociedade), da correção do desvio publicitário (art. 56, XII do CDC, que regula a contrapropaganda), da transparência da fundamentação da publicidade (arts. 36, § único e 69 do CDC, que dizem com a sustentação científica e racional da informação transmitida)¹¹⁹¹, entre outros.

¹¹⁸⁶ Sob pena de sanções administrativas previstas no art. 13, XX, do Dec. 2.181, de 20.03.1997. COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 59.

¹¹⁸⁷ GLANZ, Semy. Responsabilidade Civil das Instituições Financeiras pela Má Concessão de Crédito. **Revista da EMERJ**, n. 1-2, p. 105-114. Rio de Janeiro, 1998. p. 113.

¹¹⁸⁸ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 56 e 58.

¹¹⁸⁹ Sob pena de multa prevista no art. 22, XXII, do Dec. 2.181/97. Consigne-se, aqui, que na França esta proteção é ainda maior, com sanções muito mais duras. Menciono aquela que me pareceu justa e interessante de ser adotada pelo direito Brasileiro: a perda do direito à percepção dos juros. COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 59.

¹¹⁹⁰ TIMM, Luciano Benetti. **O superendividamento e o direito do consumidor**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor., Porto Alegre, magister, n. 8, p. 40-55, abr/maio, 2006. p.47.

¹¹⁹¹ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 62.

É necessário, ainda, que haja conteúdo informativo na publicidade e não apenas apelo à aquisição do produto oferecido, pois a publicidade é, além de meio de persuasão (auxiliando o fornecedor a vender), meio de informação (auxiliando o consumidor a comprar). Contudo, embora a necessidade de respeito aos princípios da informação e da veracidade¹¹⁹², “a função informacional da publicidade vem perdendo força desde a década de 20, época na qual surgiu a denominada publicidade de estilo de vida (*lifestyle advertising*).”¹¹⁹³

Como bem frisa Clarissa de Lima:

Além de sua natural função persuasiva, a publicidade também deve desempenhar uma função informativa tão ou mais importante, como decorrência do princípio da boa-fé objetiva, ainda mais quando se trata de crédito que, manipulado com certa habilidade, esconde muitos perigos, apaga a noção de preço, enfraquece a defesa do consumidor contra a sedução dos bens e serviços ofertados.

[...]

Entendemos que no domínio do crédito ao consumo, considerando os riscos de endividamento excessivo que lhe são inerentes, a publicidade não poderia ser livre a ponto de não trazer nenhuma informação precisa, pois a mera ilusão publicitária não garante ao consumidor a possibilidade real de selecionar com conhecimento de causa entre as distintas ofertas do mercado. [...] faz-se necessária a exigência de um conteúdo mínimo de informações a serem incluídas na publicidade, [...]¹¹⁹⁴

Portanto, deve haver uma proibição de publicidades que incitem o crédito irresponsável ou que se prevaleçam da vulnerabilidade do consumidor para levá-lo a crer que não há qualquer perigo ou consequência em contratar a crédito. Além de abster-se de fornecer informações distorcidas – do tipo “crédito gratuito”¹¹⁹⁵ – deve, a publicidade, possuir conteúdo informativo suficiente para que o consumidor saiba o que está adquirindo, tais como: identidade do fornecedor, preço, número de parcelas, taxa de juro, todas as demais taxas eventualmente cobradas, custo total da compra a crédito, entre outras que sejam

¹¹⁹² SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing**: uma abordagem jurídica do marketing empresarial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 169 a 171.

¹¹⁹³ SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing**: uma abordagem jurídica do marketing empresarial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 198.

¹¹⁹⁴ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável**: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 44.

¹¹⁹⁵ Como o faz a previsão francesa (art. L. 311-5 do Code de la Consommation), além da proibição da publicidade enganosa (art. L. 121-1 do Code de la Consommation francês e art. 37 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro) COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 60 e 61.

relevantes para a escolha racional do cliente¹¹⁹⁶, como o faz o art. L. 311-4 do *Code de la Consommation* francês¹¹⁹⁷, país onde o controle da publicidade se dá de maneira dura não apenas pela lei, mas pela jurisprudência que proíbe o uso de fórmulas publicitárias que banalizem a gravidade do fato de contrair um crédito visando impedir “O prejuízo causado ao interesse coletivo dos consumidores e à coletividade em geral que suporta o custo do superendividamento dos lares ocasionado por este tipo de publicidade.”¹¹⁹⁸

Outra afronta aos preceitos básicos da ética e da transparência da persuasão e captação de clientes é o envio de serviços financeiros não solicitados.¹¹⁹⁹ Ainda mais se acompanhados de mensagens publicitárias de induzem o consumidor a crer que está recebendo gratuitamente tal serviço. Situações como as verificadas nos envios de cartão de crédito com folders que insinuam a gratuidade, mas que contam com uma cobrança automática de anuidade – que só não é cobrada com a manifestação expressa do consumidor de que não deseja valer-se dos serviços daquele fornecedor - demonstram a face mau-caráter que o marketing pode exibir. Por isso, não pode ser outra a atitude a ser tomada que não a proibição de serviços financeiros não solicitados. O fato é que “no Brasil não há um controle especial para a publicidade de crédito, nem normas sobre uma forma especial para esse contrato.”¹²⁰⁰

Afora esta proteção contra a publicidade, a prevenção se dá, ainda, por meio do respeito aos deveres anexos a uma relação obrigacional, tais como, os deveres de cuidado, proteção, segurança e precaução; de informação e esclarecimento; de prestação de contas; lealdade e cooperação (abstendo-se de práticas que possivelmente provoquem uma excessiva

¹¹⁹⁶ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável**: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 108.

¹¹⁹⁷ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 63.

¹¹⁹⁸ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 64.

¹¹⁹⁹ FROTA, Mario. Serviços financeiros à distância – Um tijolo mais na edificação de um espaço econômico europeu único In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado**: Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 46.

¹²⁰⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado**: Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 288.

onerosidade) e, por fim, de sigilo, como bem aduz Luciano Timm.¹²⁰¹ Podendo-se frisar o dever de advertência sobre os riscos do crédito e até mesmo o aconselhamento por parte do fornecedor.¹²⁰²

A doutrina francesa explica que dentro da obrigação de informação (*information*) estão as obrigações de instrução (*renseignement*), advertência (*mise en garde*) e conselho (*conseil*).¹²⁰³

A advertência consiste na obrigação de chamar atenção aos perigos oferecidos pelo caso concreto, percebidos pelo fornecedor, profissional com conhecimentos técnicos, mas não pelo consumidor, leigo e desinformado.¹²⁰⁴ Também chamada pela doutrina francesa de *obligation d'attirer*, *obligation d'avertissement* ou *obligation de souligner*, esta é uma obrigação que se queda entre a informação e o aconselhamento, pois é mais que simplesmente transmitir uma informação inteligível, mas não chega a preconizar um agir determinado. É alertar para os perigos que determinado modo de contratação pode gerar, mas sem indicar qual seria o mais adequado. Embora não haja esta classificação entre os níveis de informação no CDC brasileiro, este dever parece se aproximar daquele descrito no art. 54 § 4º que exige o destaque na redação de cláusulas que impliquem limitação a direitos. O mais indicado é que este alerta deve ser seguido de um conselho para a perfeita transmissão da informação.¹²⁰⁵

O dever de aconselhamento¹²⁰⁶, criado pelos franceses, é mais do que de informar, é personalizar a informação¹²⁰⁷, é exigir que o fornecedor alerte o consumidor para os riscos de

¹²⁰¹ TIMM, Luciano Benetti. **O superendividamento e o direito do consumidor**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor., Porto Alegre, magister, n. 8, p. 40-55, abr/maio, 2006. p.49-50.

¹²⁰² LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 108 e 109.

¹²⁰³ FABRE-MAGNAN, Muriel. **De l'Obligation d'information dans les Contrats**. Paris: LGDJ, 1992. p. 7. Apud GLANZ, Semy. Responsabilidade Civil das Instituições Financeiras pela Má Concessão de Crédito. **Revista da EMERJ**, n. 1-2, p. 105-114. Rio de Janeiro, 1998. p. 108.

¹²⁰⁴ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 41 e 42.

¹²⁰⁵ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 70 a 72.

¹²⁰⁶ CHARDIN, Nicole. **Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté**. Paris: LGDJ, 1988. p. 152 a 159. COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. In

contrair aquela dívida, ao analisar sua capacidade de reembolso. O dever de conselho, conforme artigo de autoria de Clarissa de Lima¹²⁰⁸ e Karen Bertoncello, “consistiria em dar uma opinião ou parecer a alguém para orientar sua ação. [...] aquele que tem o dever de aconselhar deve se inteirar da situação de seu parceiro e analisar suas necessidades para emitir uma opinião [...]”.¹²⁰⁹ Na prática, se atendidos fielmente estes deveres de informação e aconselhamento se dariam “através da orientação ao consumidor na oportunidade em que firma o contrato de concessão de crédito, à elaboração do cálculo apurador do montante da dívida contraída, projetando os custos efetivos da dívida.”¹²¹⁰ Não se trata de decidir no lugar do consumidor¹²¹¹, mas demonstrar os riscos e analisar conjuntamente com o cliente as chances de adimplemento.

Embora seja de aplicação controvertida na doutrina e jurisprudências europeias, este dever já surgiu como dever legal, como na Proposta de Diretiva do Parlamento e do Conselho Europeu relativa ao crédito aos consumidores: COM(2002) 443 de 11 de setembro de 2002, especialmente em art. 6º, bem como em outros dispositivos ao longo de seu texto.¹²¹² Este projeto que buscava substituir a Diretiva 87/102/CEE, foi aprovado e tornou-se a Diretiva 2008/48 CE. No entanto, o dever de aconselhamento não constou do texto da diretiva, que, por outro lado, manteve outras questões importantes como a exigência da oferta ser sempre apresentada por escrito; a criação de “informações de base” que seriam as informações que obrigatoriamente deve conter toda publicidade que envolva crédito; o aumento do prazo de

MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 242.

¹²⁰⁷ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Superendividamento: propostas para um estudo empírico e perspectiva de regulação. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 335 e 336.

¹²⁰⁸ Que aprofunda esta questão em sua dissertação de mestrado: LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 40 e 59 a 70.

¹²⁰⁹ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz, LIMA, Clarissa Costa de. Tratamento do crédito ao consumo na América Latina e superendividamento. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 199.

¹²¹⁰ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Bancos de Dados e Superendividamento do Consumidor: cooperação, cuidado e informação. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 50. p. 36-57, 2004. p. 50.

¹²¹¹ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 66.

¹²¹² Acesso em 07.01.2010. Para uma versão em língua portuguesa: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0443:FIN:PT:PDF>

reflexão para quatorze dias, a contar do recebimento de uma cópia do contrato concluído pelo consumidor; um rol de seis cláusulas abusivas; interdependência contratual realizada por meio da ligação entre os contratos e a responsabilização solidária; sanções em caso de descumprimento das disposições relativas ao empréstimo responsável, etc.¹²¹³

Ainda que se saiba que essas ideias são consideradas somente em tese, já que, na prática, a aplicação perfeita destes deveres é pura ficção, tem-se que defender tais práticas sonhando que um dia virem realidade. Hoje, ainda distante desta utopia, consumidores: contratam a crédito movidos pelas pressões da sociedade e do marketing; compram de maneira irrefletida; não têm muita opção visto que só podem adquirir certos bens recorrendo ao crédito; são ludibriados por fornecedores que maquiam os verdadeiros custos da operação; ou, ainda pior, nas situações em que já embriagados pelo estímulo publicitário, fazem do crédito um meio de gestão da vida financeira, desconsiderando os riscos do endividamento, ainda que advertidos por profissionais sérios.¹²¹⁴

De qualquer modo, o que se quer frisar é que, além de transmitir a informação correta, clara, precisa e compreensível, o fornecedor de crédito deve garantir que esta informação foi levada em conta e auxiliar o consumidor na hora da decisão de contratar a prazo ou qualquer outro modo de execução diferida, isso porque o profissional que concede o crédito tem responsabilidade maior do que a do consumidor pelo êxito do contrato conforme pactuado, bem como a obrigação de não se aproveitar do analfabetismo, ignorância ou situação de necessidade daquele consumidor.¹²¹⁵ Ou seja, o dever de informar vai além de informar a respeito da contratação em si, exige que o profissional transmita conhecimentos da vida que aquele consumidor desinformado não possui por sua condição vulnerável. Se o concedente de crédito verifica que determinado consumidor não conseguirá arcar com aquela dívida, não basta que informe as taxas, as especificidades do produto, as parcelas e o valor total, deve ir

¹²¹³ PEREIRA, Wellerson Miranda. Superendividamento e crédito ao consumidor: reflexões sob uma perspectiva de direito comparado. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 175 a 179.

¹²¹⁴ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 67.

¹²¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 305.

além e desencorajá-lo a comprar daquela forma, apresentando um modo menos oneroso, em menos prestações, por exemplo, ou mesmo abster-se de conceder o crédito se vislumbrar um alto risco de inadimplemento.¹²¹⁶

Isto auxilia o próprio credor correto, pois exige que tome as precauções necessárias para garantir que o cliente pagará – forma correta de lucrar – e não que aja buscando garantir que não pagará a fim de assegurar que terá um devedor a juros altos. Pode-se dizer que esta figura também se relaciona com o dever do credor de diminuir o próprio prejuízo, ou *duty to mitigate the loss*¹²¹⁷, na medida em que ao auxiliar o tomador de crédito, o fornecedor garante o reembolso – como se verá no dever de verificação do reembolso -, bem como exerce a boa-fé no sentido de lealdade com a outra parte, seguindo a orientação na nova concepção contratual em que as partes estão unidas para um fim comum, qual seja a execução do contrato conforme o pactuado. Isto é, o inadimplemento não pode ser vantajoso para nenhuma das partes e, não o sendo, ambas devem trabalhar para que o contrato seja cumprido, e isso inclui facilitar para que a outra parte cumpra ao que se comprometeu.¹²¹⁸ Não é certo que, em uma relação baseada na confiança, uma das partes gere uma expectativa infundada na outra. E por isso é tão repreensível que um profissional se aproveite da situação da vulnerabilidade potencializada de um consumidor endividado, para impingir-lhe novos contratos, de olho nos juros que se avizinham, já que evidentemente aquele consumidor não cumprirá o pactuado no prazo e passará a ser mais um escravo dos juros, trabalhando para amortizar a dívida. Note-se que os deveres de cooperação, lealdade vigilância, cuidado, entre outros decorrentes da boa-fé, muito têm a ver com a informação e o aconselhamento.¹²¹⁹

Em caso de descumprimento de qualquer destes deveres (caracterizada a concessão irresponsável do crédito¹²²⁰), as sanções mais adotadas pelo direito estrangeiro são “a

¹²¹⁶ ROUTIER, Richard. **Obligations et responsabilités du banquier**. Paris: Dalloz, 2005. p. 275.

¹²¹⁷ FRADERA, Vera Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Rio de Janeiro: Editora Padma. Ano 5, vol. 19, jul/set. 2004.

¹²¹⁸ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 68.

¹²¹⁹ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 69.

¹²²⁰ KIRCHNER, Felipe. Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, n. 65, p. 63-113, jan./mar. 2008. p. 94 a 96.

inoponibilidade das cláusulas não aceitas, a nulidade e a indenização por perdas e danos. Algumas legislações mais protetivas, como a francesa, a belga e a suíça, não se contentam com a previsão destas sanções tradicionais e impuseram uma sanção mais original [...] consiste na perda da remuneração ou dos juros para o profissional.”¹²²¹ Assim, nestes países¹²²², os fornecedores nem pensam em conceder crédito com a finalidade do inadimplemento e o lucro através dos juros. O risco da perda dos juros provoca o cumprimento imediato do dever de aconselhamento. Trata-se da positivação eficaz da implementação da cultura do crédito responsável, “através da prudência na concessão do crédito, diminuir o risco dos consumidores serem vítimas de compromissos desequilibrados que não possam ser honrados e que tenham como consequência a sua exclusão econômica com intervenções sociais dispendiosas para os Estados-membros.”¹²²³

Enquanto não há uma disseminação deste princípio do empréstimo responsável, muitos tribunais têm julgado neste sentido, fundamentando suas decisões na dignidade da pessoa humana.¹²²⁴ Diz julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Em conta desta natureza não se deve admitir o desconto compulsório de valores além de uma margem razoável, garantindo ao funcionário o necessário para sua sobrevivência. Quando ultrapassa a tal padrão, deve o judiciário intervir para assegurar o cumprimento do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Tem a instituição financeira responsabilidade pela má concessão do crédito, ao conceder empréstimos além da capacidade de endividamento do cliente, [...]”¹²²⁵

¹²²¹ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável**: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 72.

¹²²² A França através dos art. L. 311-33 do Code de la Consommation, do art. 1º da Lei de 1º de março de 1984, da Lei 89-1010, de 31 de dezembro de 1989, Lei 78-22, de 10 de janeiro de 1978 e 79-596, de 13 de julho de 1979; a Bélgica por meio da Lei de 12 de junho de 1991; e a Suíça que fundamenta tal medida na lei de 23 de março de 2001, notadamente nos arts. 31 e 32, sendo possível, em casos graves, até mesmo que o fornecedor perca todo o capital emprestado. LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável**: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 73, 74 e 90.

¹²²³ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável**: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 89.

¹²²⁴ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável**: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 90 e 95.

¹²²⁵ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Décima Oitava Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 2005.002.26190. Relator: Des. Marcos Alcino A. Torres. Julgamento em: 14 fev. 2006.

Também para Karen Bertoncello, a concretização do princípio do empréstimo responsável se dá através do dever de aconselhamento. Para a autora, a simples prestação de informação resultará em uma “ilusória e insuficiente proteção destinada ao consumidor”¹²²⁶.

Isto porque, evidentemente, quando se fala em dever de informação clara, transparente e atualizada, se “supõe um consumidor educado, crítico, resistente às solicitações da publicidade, gestor prudente de seus recursos e capaz de antecipar os riscos potenciais de sua vida familiar e profissional”.¹²²⁷ Disso se conclui que o cumprimento dos deveres de informação do fornecedor, nem sempre é suficiente para proteger o consumidor que muitas vezes acaba superendividado, embora tomadas as precauções neste sentido, pois as pessoas são “freqüentemente incapazes de ser beneficiadas por mais informações.”¹²²⁸

Assim, considerando que o mote do trabalho é abordar a todos os contratos, vale referir que os deveres de esclarecimento e de cooperação e auxílio não se aplicam somente aos contratos de consumo, pelo que se depreende dos ensinamentos de Clóvis do Couto e Silva.¹²²⁹

Segundo ele, todos os deveres anexos podem ser considerados de cooperação, alguns autores, entretanto, restringem esta nomenclatura, denominando de dever de cooperação somente aqueles de auxílio, ou seja, de cooperação mútua. Como exemplo mencionam a venda de mercadoria no comércio internacional, onde não basta o cumprimento da obrigação principal de envio da mercadoria, devendo o vendedor providenciar todo o trâmite necessário à liberação do bem, como, por exemplo, a licença para a exportação.¹²³⁰ Isto se deve à incidência da boa-fé e da cooperação na concepção atual de relação jurídica.

¹²²⁶ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 91.

¹²²⁷ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 13.

¹²²⁸ KILBORN, Jason. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 79.

¹²²⁹ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 115 a 118.

¹²³⁰ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 118.

Assim, o credor continua sendo o titular de direitos e pretensões, mas hoje também com certos deveres.¹²³¹

Por fim, sobre o dever de cooperação, vale ressaltar que é necessário cuidado por parte do jurista que pretende analisá-lo, pois não se trata de um dever de ser altruísta¹²³², e sim de agir conforme a boa-fé, apoiando o outro contratante no que for possível, para que ele logre o adimplemento, que é do interesse de ambos. Tudo para garantir o máximo possível de decisão consciente a garantir um exercício efetivo do livre arbítrio do consumidor ao invés de uma liberdade de aparência (*liberté d'apparence*).¹²³³

5.1.1.2 Verificação da capacidade de reembolso

Além dos deveres já mencionados, fazendo um link entre eles, um merece atenção especial: o dever de verificação da capacidade de reembolso do consumidor, pondo em prática o objetivo de garantir a concessão de empréstimo responsável. Anos se passaram da época em que foi levantado por Sofocleto o paradoxo de que “Nos bancos só se empresta dinheiro a quem demonstra que não precisa dele”.¹²³⁴ Na sociedade de consumo, a ânsia de ter um consumidor a crédito leva os profissionais concedentes de crédito a não apenas dar crédito a quem precisa como a quem não pode pagar por ele. Somente a crise mundial, iniciada em 2008, como crise imobiliária americana, levou os bancos a rever estas atitudes. A crise de solvabilidade fez com que as instituições financeiras e demais concedentes de crédito percebessem que ter um devedor deixou de ser vantajoso a partir do momento que um grande número deles não pode mais pagar suas dívidas.

É dever de quem fornece o crédito buscar todas as informações relevantes para mitigar o próprio prejuízo, devendo ser punido com a sanção civil da perda dos juros remuneratórios

¹²³¹ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 120.

¹²³² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 100. Nota 5-a.

¹²³³ CHARDIN, Nicole. **Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté**. Paris: LGDJ, 1988. p. 42.

¹²³⁴ GLANZ, Semy. Responsabilidade Civil das Instituições Financeiras pela Má Concessão de Crédito. **Revista da EMERJ**, n. 1-2, p. 105-114. Rio de Janeiro, 1998. p. 105.

todo aquele que desrespeitar este dever e conceder créditos que ultrapassem a capacidade de reembolso do consumidor, prejudicando seu mínimo existencial.¹²³⁵

Neste sentido foi a tese aprovada por unanimidade no Pré-Congresso Internacional Comemorativo dos quinze anos do Código de Defesa do Consumidor que aduz: “A conclusão do contrato de concessão de crédito dependerá da verificação da capacidade de reembolso pelo consumidor, como medida preventiva do superendividamento.”¹²³⁶ Ou seja, antes mesmo de negociar, o fornecedor já possui responsabilidade contratual tendo que agir em conformidade com a boa-fé.¹²³⁷

No âmbito da União Europeia, também nesse intuito de sedimentar a figura do “empréstimo responsável”, a Diretiva 2008/48/CE prevê o dever do credor de verificar a capacidade de reembolso, dedicando um artigo especialmente à “Obrigação de avaliar a solvabilidade do consumidor”, no art. 8º, além de outros dispositivos que reiteram esta preocupação como, por exemplo, o art. 5º alínea “q”.

É também fazendo a ligação entre a avaliação da capacidade de cumprimento das obrigações e o empréstimo responsável que a lei federal suíça, de 23.03.2001, que trata do crédito ao consumidor, exige, em art. 22 e 28, o “*Examen de la capacité de contracter um crédit*”.¹²³⁸ E diga-se, ainda, que tal dever se estende ao garante, caso haja fiador ou avalista.¹²³⁹

Isto também é do interesse do próprio credor que pode sofrer com a imposição de sacrifícios pelo juiz caso haja necessidade de elaborar um plano de pagamento ou revisar o

¹²³⁵ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento.** Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 109.

¹²³⁶ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação,** Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 91.

¹²³⁷ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação,** Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 92.

¹²³⁸ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação,** Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 90.

¹²³⁹ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento.** Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 109.

contrato.¹²⁴⁰ O próprio responsável pela fiscalização das instituições financeiras, o Banco Central (BACEN) editou a norma MNI-Bacen 16.7.2.2.b. no sentido de que “É vedado ao banco comercial: [...] b) realizar operações que não atendam aos princípios de seletividade, garantia, liquidez e diversificações de riscos”.¹²⁴¹ Mais uma evidência de que se pode responsabilizar o banco que concede novo crédito àquele consumidor que possui outro pendente, pois isto demonstra sua incapacidade de solver as dívidas, bem como serve de forte indício para caracterização do superendividamento daquele consumidor.¹²⁴²

Na prática, esta verificação pode se dar por meio de formulários preenchidos pelo solicitante de crédito que incluam todos os dados necessários para a avaliação de risco, realizada por sistemas atuários denominados de *scoring*, bem como através da exigência de documentação que comprove os dados fornecidos¹²⁴³. Isso, porém, pode inclusive ser questionado, pois se a boa-fé do consumidor se presume, não há porque exigir que o fornecedor confira a veracidade das informações prestadas.

A estipulação deste dever é uma revolução no direito do consumidor, pois culturalmente têm-se a visão de que o consumidor é quem tem o ônus de verificar sua capacidade de arcar com a dívida antes de contraí-la.¹²⁴⁴ Entretanto, a partir do já mencionado dever de aconselhamento, somado à concepção moderna dos contratos de massa que aumentam a vulnerabilidade do consumidor leigo perante o fornecedor profissional, esta responsabilidade passou a ser de quem tem maiores conhecimentos técnicos para analisar se aquela dívida poderá ser quitada futuramente, partindo-se dos dados fornecidos pelo consumidor. Assim, o consumidor só é responsabilizado pelo incumprimento quando se superendividar, se forneceu falsas informações¹²⁴⁵ ao tomador de crédito.¹²⁴⁶

¹²⁴⁰ GLANZ, Semy. Responsabilidade Civil das Instituições Financeiras pela Má Concessão de Crédito. **Revista da EMERJ**, n. 1-2, p. 105-114. Rio de Janeiro, 1998. p. 109.

¹²⁴¹ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 94.

¹²⁴² BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 94.

¹²⁴³ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 287.

¹²⁴⁴ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 60.

¹²⁴⁵ Este também é um caso de assimetria de informação, como comenta Araújo. ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 281.

Neste sentido é a legislação francesa, mais precisamente no art. L. 333-2 do *Code de la Consommation*, que retira o direito ao tratamento coletivo das dívidas do devedor que prestar falsas declarações, assim como comunitária que no art. 6º do Projeto de Diretiva COM (2002) 443, previa expressamente o “dever de informação recíproca”, instituto este que já era previsto pela legislação belga. Esta previsão não foi adotada pela Diretiva 48/2008, fruto do supramencionado projeto, entretanto, embora não expressamente, tal dever pode ser depreendido de seu texto, a partir de interpretação dos dispositivos que tratam da informação.

E ainda que a lei não o preveja expressamente, como na lei brasileira, é possível impor este dever ao consumidor, em face da própria boa-fé que deve orientar a conduta de ambos os contratantes. É assim que vêm entendendo os Tribunais.¹²⁴⁷

A dúvida que tem surgido na doutrina diz com a característica ativa ou passiva do dever de informação do consumidor. Ou seja, deve o consumidor informar algo que não foi questionado pelo fornecedor? Parece que a resposta é negativa, pois a condição de leigo do consumidor faz com que ele não saiba qual informação pode ser relevante ao fornecedor, incumbindo a este, por seu caráter profissional, o encargo de questionar o que entenda necessário para avaliar a situação financeira daquele cliente. Faz parte do ônus da atividade de fornecedor de crédito, tanto saber quais dados são relevantes, quanto o risco de não ter questionado o suficiente. Por óbvio, não se pode admitir a omissão de má-fé de dado evidentemente necessário a fim de obter alguma vantagem, pois a passividade que se atribui ao consumidor encontra limite em sua insuficiência de conhecimento técnico, cultural, intelectual e negocial. Na análise do caso concreto se considerará falha na informação prestada pelo consumidor toda aquela que não seja decorrente destas carências próprias da posição de consumidor.¹²⁴⁸

¹²⁴⁶ Evidentemente aqui se está a comentar situações em que o inadimplemento se dá por motivo de falência individual, pois se outro for o motivo da revisão ou resolução, a responsabilidade pela frustração do pacto não recairá sobre o fornecedor, possuindo, este todos os meios legais para buscar seu crédito.

¹²⁴⁷ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável**: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 99.

¹²⁴⁸ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável**: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 99 a 101.

Nunca pode ser esquecido que, por outro lado, os dados solicitados pelo fornecedor não podem invadir a esfera pessoal do cliente, não tendo o dever de responder a questionamentos impertinentes e abusivos. Como exemplo, pode-se citar a lei belga que proíbe em seu art. 10 que o fornecedor exija informações sobre “raça, origem étnica, vida sexual, saúde, opiniões ou atividades políticas, filosóficas ou religiosas, ou sobre filiação sindical porque, além de não contribuírem para a avaliação da situação financeira do consumidor, dizem respeito a sua vida privada.”¹²⁴⁹

Por fim, o que se quer dizer é que a responsabilidade pela situação de superendividamento do consumidor é, em muito, do fornecedor, pois o consumidor só se encontra neste estado em virtude de uma falha na fixação do limite de crédito concedido a ele.¹²⁵⁰ Citando Rudolph J. Kaderli, Samy Glanz bem lembra que “na fixação do limite de crédito consiste a arte do Banqueiro”.¹²⁵¹ Por isso sua falha deve ser punida com a perda dos juros, trata-se de risco da atividade que deve ser suportada (no caso, dividida com o consumidor) por quem quer exercer a atividade empresarial de instituição financeira.¹²⁵² Todo bônus acompanha um ônus, e o ônus de quem empresta dinheiro é alcançar valores a quem não pode devolvê-los. Se o consumidor não consegue mais arcar com suas dívidas é porque o banqueiro não logrou êxito na sua tarefa de verificação da capacidade de reembolso, e agora dividirá o prejuízo do negócio mal feito com o consumidor, que também tem responsabilidade por sua imprevidência ao contrair crédito maior do que poderia pagar. Responsabilizar e penalizar somente o consumidor, tratando-o como um “caloteiro” é tão injusto quanto responsabilizar somente o credor, permitindo que os devedores não paguem suas contas antes mesmo de qualquer tentativa. Ocorre que o consumidor inadimplente culpa-se por sua

¹²⁴⁹ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento.** Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 102.

¹²⁵⁰ DANIEL, Tery Rebecca. **Improvident extension of credit as an extension of unconscionability: Discover Bank v. Owens and a debtor's rights against credit card companies.** In: *Cleveland State Law Review*, 2006. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 1. BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação,** Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 93.

¹²⁵¹ KADERLI, Rudolph J. **Das Schweizerische Bankgeschäft,** 2. Ed. 1955. p. 147 Apud GLANZ, Semy. **Responsabilidade Civil das Instituições Financeiras pela Má Concessão de Crédito.** *Revista da EMERJ*, n. 1-2, p. 105-114. Rio de Janeiro, 1998. p. 105.

¹²⁵² Marcio Casado diz ser objetiva a responsabilidade dos bancos com base no art. 12 do CDC que trata dos acidentes de consumo, compreendendo a má concessão de crédito como sendo um produto defeituoso que causa danos à saúde financeira do consumidor nas circunstâncias em que consumiu tal produto, pelo que também embasa sua tese no art. 12. § 1º, II e III. CASADO, Márcio Mello. **A responsabilidade civil das casas bancárias no fornecimento inadequado do crédito.** *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 22, p. 117-122, abr./jun. 1997.

condição de devedor, enquanto os credores enchem-se de razão como se não tivessem nenhuma parcela de culpa na má concessão de crédito. Não há que se procurar culpados, ambos falharam por sua irresponsabilidade, um ao conceder, outro ao tomar um crédito impagável. O devedor deve esforçar-se para quitar sua dívida, e o credor deve auxiliá-lo a atingir este objetivo, bem como arcar com parte do prejuízo, renegociando, revisando, perdendo, etc., para compensar os danos causados ao consumidor vitimado pela concessão irresponsável do crédito.¹²⁵³

5.1.1.3 Prazo de reflexão

O prazo trata do direito que o consumidor possui de arrepender-se do negócio dentro de um determinado prazo, podendo retornar ao *status quo ante* sem qualquer sanção.

Ainda quanto à proteção preventiva por meio dos dispositivos legais de que dispomos, deve-se ressaltar o artigo 49, que trata do prazo de reflexão. Esta previsão permite o desfazimento do contrato de modo injustificado pelo consumidor no prazo de sete dias, sem que sofra qualquer consequência por isso. Tal dispositivo não fere o princípio da obrigatoriedade dos pactos porque faz parte do processo de formação deste, se perfazendo em um momento em que o pacto ainda não foi totalmente formado, por isso que a retratação não desfaz o contrato, mas sim impede que ele se conclua.¹²⁵⁴

¹²⁵³ O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já chegou até mesmo a fixar indenização pelos danos extrapatrimoniais causados ao consumidor que contraiu dívida em quantidade superior a sua capacidade de reembolso por entender que seria vítima da má concessão de crédito. Disse aquele tribunal, em sede de Apelação, que “Cliente de banco que, movido por inexperiência, desempregado, de baixa classe social e reduzido poder aquisitivo, faz uso de elevado crédito, inexplicavelmente disponibilizado por banco, em flagrante lesão. [...] passando os anos seguintes a celebrar novações e dilapidando o patrimônio da família para fazer frente à obrigação assumida, que alcança três vezes o valor original, em lucro exorbitante para o credor [...] Violação, pelo banco, dos princípios da justiça social (art. 170 da CF), da solidariedade social e da boa-fé, que informam o ordenamento jurídico civil brasileiro. [...] Abuso de direito da negatificação do nome do autor. Sentença condenatória em danos morais [...]” RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Décima Quinta Câmara Civil. Ap. Civ. nº 2003.001.02181. Relator: Des. José Pimentel Marques. Julgamento m: 25 jun. 2003. BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 94. Nota 353. Este acórdão além de reafirmar o dever de verificação do reembolso também serve para demonstrar a possibilidade de revisão por fato superveniente diante do desrespeito do banco ao dever de renegociar. Em outras palavras, o que esta decisão paradigmática traz é a afirmação de que se o credor não está disposto a renegociar, o Poder Judiciário fará este papel e de modo a punir a instituição fornecedora de crédito que ignorou seu dever de auxiliar o devedor superendividado.

¹²⁵⁴ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. O Direito do Consumidor e a Técnica do Prazo de Reflexão, **Revista de Direito do Consumidor**, n. 43, 2002. p. 267.

A previsão deste instituto é um avanço ao direito consumeirista brasileiro. No entanto, o legislador nacional poderia tê-lo previsto de forma a abarcar todos os contratos de prestação prolongada no tempo, relacionados ao consumo, mas não é o que ocorre. O mencionado dispositivo se aplica tão somente à pactuação entabulada fora do estabelecimento comercial. Tal limitação impede sobremaneira a aplicação deste que é um dos meios mais eficazes de prevenção ao superendividamento, na medida em que permite uma racionalização da escolha do consumidor.¹²⁵⁵

Ainda que o ideal fosse a ampliação deste prazo para todas as contratações que envolvessem uma relação de consumo, já seria de grande valia a adoção de um prazo de reflexão para contratos de crédito¹²⁵⁶, mesmo que firmadas no estabelecimento do fornecedor. Mais humilde e de implantação mais viável, esta proposta busca permitir que os consumidores não sejam atingidos tão ferozmente pelas estratégias de marketing. Ao permitir a reflexão e o diálogo com familiares e pessoas da confiança deste consumidor, impede-se o comportamento impulsivo, frequente nas compras a crédito. Este dispositivo poderia vir como um parágrafo do artigo 52 do CDC que trata das vendas a crédito.

Assim faz a legislação francesa nos arts. L. 311-15 (concede sete dias a contar da aceitação da oferta) e 311-16 do *Code de la Consommation*. Este prazo, chamado de *faculte de rétractation*¹²⁵⁷ ou *délai de réflexion* pelos franceses e de *cooling off period*, pelos ingleses e americanos¹²⁵⁸, visa não apenas a reflexão do comprador, mas permitir que se aconselhe com sua família, que muitas vezes também sofrerá em caso de inadimplemento, ou pessoas de

¹²⁵⁵ TIMM, Luciano Benetti. **O superendividamento e o direito do consumidor**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor., Porto Alegre, magister, n. 8, p. 40-55, abr/maio, 2006. p.48.

¹²⁵⁶ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 108. PEREIRA, Wellerson Miranda. Superendividamento e crédito ao consumidor: reflexões sob uma perspectiva de direito comparado. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 180.

¹²⁵⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 287.

¹²⁵⁸ MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Uma lei para os consumidores superendividados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 76-89, jan/mar. 2007. p. 79.

sua confiança para garantir que está tomando a atitude correta. E o consumidor não precisa justificar sua decisão.¹²⁵⁹

A Diretiva 2008/48/CE também traz uma previsão sobre o tema, estabelecendo quatorze dias de prazo ao consumidor em art. 14.

Na Alemanha, este instituto está positivado desde 1974, hoje possuindo previsão no § 7º da Lei de crédito ao consumo alemão, de 17.12.1990, modificada em 27.04.1993 e 20.12.1996, que possibilita o arrependimento no prazo de sete dias, protegendo-o da compra feita impulsivamente ou em situações de comprometimento emocional.¹²⁶⁰

Outro método - que embora não se confunda com o prazo de reflexão, é uma técnica de proteção que de certa forma se aproxima daquela - foi trazido pela legislação canadense que criou o dever do fornecedor entregar a oferta de crédito por escrito, permitindo que o consumidor reflita em casa, assessorado por pessoas próximas e até mesmo profissionais, bem como que compare diversas ofertas com suas respectivas informações quanto à dívida e seus acessórios, estimulando, assim, a concorrência – o que é sempre benéfico ao consumidor.¹²⁶¹ É uma espécie de “orçamento obrigatório”, onde a oferta prévia entregue ao consumidor deve ser mantida por sete dias, permitindo a comparação com outras ofertas, e a reflexão sobre a real necessidade frente ao verdadeiro custo da operação.¹²⁶² Vale lembrar que, caso o consumidor queira valer-se do prazo de reflexão, receberá o dinheiro de volta sem qualquer prejuízo, isto é, não deverá pagar juros neste período.

O mesmo se dá em caso de o endividado resolver quitar as parcelas pendentes. Esta técnica chamada de reembolso antecipado permite que ele não apenas tenha este direito a qualquer tempo, como não precisará pagar juros ou acréscimos nas parcelas que ainda não venceram, tudo com base no art. 52, § 2º do CDC. Ora, se os juros são fruto da imobilização e

¹²⁵⁹ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 89 a 98

¹²⁶⁰ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 60.

¹²⁶¹ TIMM, Luciano Benetti. **O superendividamento e o direito do consumidor**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor., Porto Alegre, magister, n. 8, p. 40-55, abr/maio, 2006. p. 54.

¹²⁶² LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável**: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 108.

disponibilidade do montante emprestado, somado ao risco de insolvência do devedor, em sumindo estas causas não há que falar em pagamento de juros.¹²⁶³

5.1.1.4 Cadastros de proteção ao crédito

Outro método de prevenir o superendividamento é o correto (de acordo com os arts 43 e 44 do CDC, bem como seus parágrafos) uso dos cadastros de proteção ao crédito.¹²⁶⁴ Estes são bancos de dados, alimentados pelos fornecedores, que informam o inadimplemento dos devedores a órgãos como o CADIN (listagem de devedores perante órgãos públicos federais), o BACEN (por meio de órgão do Banco Central denominado CCF que permite a consulta de devedores que emitiram cheques sem provisão de fundos), o SPC (com dados inseridos por casas comerciais, imobiliárias, instituições financeiras, etc.), o SERASA (criado pelos bancos comerciais e instituições financeiras)¹²⁶⁵, entre outros, que prestam este serviço essencial para a correta concessão de crédito¹²⁶⁶ ao estabelecer bases de dados com uma lista de devedores, o que permite avaliar a capacidade de reembolso daquele que requer um crédito. Isso porque, ao desabonar o consumidor, os cadastros negativos impedem-no de contrair novas dívidas que agravem ainda mais sua situação financeira. Tais cadastros, ou “ficheiros” como são chamados em Portugal, são uma das principais ferramentas de aferição da análise da situação financeira e do risco de insolvência do devedor¹²⁶⁷, permitindo, inclusive, que o fornecedor

¹²⁶³ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 68.

¹²⁶⁴ Karen Bertoncello diferencia cadastros e bancos de dados em seu artigo, contudo, aqui, diante da impossibilidade de maior aprofundamento, utilizar-se-ão os termos como sinônimos, já que a lei não os diferenciou. Neste texto, a autora ensina que os primeiros decorreriam de requerimento feito pelo consumidor, partindo de uma relação negocial, sem que houvesse a possibilidade de transmissão das informações a terceiros, somente passando à condição de banco de dados quando o fornecedor inserir as informações independentemente da anuência do devedor e com a possibilidade de divulgação destes dados. BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Bancos de Dados e Superendividamento do Consumidor: cooperação, cuidado e informação. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 50. p. 36-57, 2004. p. 38 a 43.

¹²⁶⁵ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Bancos de Dados e Superendividamento do Consumidor: cooperação, cuidado e informação. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 50. p. 36-57, 2004. p. 43.

¹²⁶⁶ Os autores da obra “O Endividamento dos Consumidores” fazem uma análise profunda destes cadastros em Portugal, chamados de Credinformações. MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 127 a 132.

¹²⁶⁷ Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. **Endividamento e Sobreendividamento das Famílias Conceitos e Estatísticas para a sua Avaliação**. Disponível em: <http://www.oec.fe.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf_estudos_realizados/estudo_parte2%20cap_1.pdf> Acesso em: 09.07.2007. p. 13.

verifique o tipo e o montante de crédito apropriado para as necessidades daquele consumidor.¹²⁶⁸

Tais cadastros surgiram nos Estados Unidos, no início do século passado, e passaram a ser comuns naquele país na década de vinte. Antes disso, a concessão de crédito era demorada e trabalhosa. O cadastro preenchido por quem pretendia crédito incluía desde o armazém onde ele fazia compras até seu alfaiate. As lojas chegavam a ter um departamento de informantes que servia para fiscalizar a veracidade dos dados fornecidos.¹²⁶⁹

No Brasil, ele surgiu em julho de 1955, quando “vinte e sete comerciantes reuniram-se em Porto Alegre, na sede da associação de classe, para fundar o Serviço de Proteção ao Crédito – SPC.” Alguns meses depois, em outubro de 1955, São Paulo adotou o sistema, bem como Belo Horizonte, que o fez em 1962.¹²⁷⁰ No modelo brasileiro, este cadastro apenas informa alguns dados daqueles que possuem débitos vencidos impagos, conforme regulamentação no Capítulo V, Seção VI do CDC. Outros países, contudo, possuem bancos de dados com a descrição da situação financeira dos compradores a crédito, com demonstrativos de seu passivo e ativo.

Quanto à regulamentação brasileira, vale lembrar que a legislação exige uma comunicação por escrito informando da inscrição do devedor no cadastro, fulcro art. 43, § 2º do CDC, não podendo permanecer por mais de cinco anos, art. 43, § 1º do mesmo Código. Aforma ainda, que uma vez quitada a dívida, o fornecedor deverá providenciar, imediatamente, o descadastramento do nome do consumidor do banco de dados desabonatório. Caso transcorrido prazo de cinco dias sem que o fornecedor cumpra sua obrigação, resta configurado o crime tipificado no art. 73 do CDC.¹²⁷¹ Isto se dá em função da lealdade na relação obrigacional e a preservação da dignidade do devedor, já que objetivo final do credor “é o adimplemento da obrigação, e não a exposição do devedor ao

¹²⁶⁸ RAMSAY, Iain. **Comparative Consumer Bankruptcy** – Symposium: Consumer bankruptcy and credit in the wake of the 2005 act. In: University of Illinois Law Review, 2007. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>. p. 5.

¹²⁶⁹ GIANCOLI, Brunno Pandori. **O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 43.

¹²⁷⁰ GIANCOLI, Brunno Pandori. **O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 43.

¹²⁷¹ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 77 a 79.

constrangimento desnecessário”¹²⁷², sendo que grande parte da a jurisprudência concede indenização aos devedores que, embora realmente inadimplentes, não foram informados sobre o cadastramento de seus nomes em tais órgãos de proteção ao crédito.

Vale abrir um parêntese para abordar tema que também envolve os cadastros aqui estudados. Trata-se da questionável posição do STJ, consolidada em Súmula de número 385, datada de 27.05.2009 de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, cujo texto diz: “Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.” Ora, com a devida vênia, o que esta Corte está a afirmar é que aquele que tem seu nome inscrito nos cadastros de proteção ao crédito perde a moral, pois ao defender que, ainda que cadastrado indevidamente, o devedor não pode reclamar indenização por isto, está a afirmar que este não possui moral passível de ser lesada.

O argumento de um dos principais precedentes que embasaram esta súmula firma-se no acórdão recorrido, oriundo do TJRS quando diz: “Não se mostra viável admitir, diante desse contexto, que o autor tenha experimentado, com a inscrição indevida, qualquer sentimento vexatório ou humilhante anormal, mormente porque tal situação, como visto, não lhe é incomum.”¹²⁷³ Entretanto, não se pode dizer que um devedor não pode ser lesado porque “habitado” com esta situação. Mais acertado o raciocínio de que o simples fato de possuir uma inscrição a mais do que a efetivamente devida já configure ato lesivo causador de dano, pois ainda que se entenda que não houve situação vexatória, foi lesada a honra subjetiva daquele que teve seu nome cadastrado de modo imerecido, simplesmente por ser imerecido. Até mesmo porque esta súmula está a afirmar que os fornecedores não precisam se preocupar com a regularidade da inscrição de devedores já inscritos, quando a seção VI do Capítulo V, Título I do CDC que trata “dos bancos de dados e cadastros de consumidores”, não faz diferenciação, afirmando que a inscrição de todo e qualquer devedor deve ser regular.

Essa foi a posição da relatora Fátima Nancy Anrighi que afirmou:

O CDC é claro em determinar que a abertura de registros não solicitados deve ser comunicada ao consumidor. O descumprimento de tal regra leva à

¹²⁷² BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Bancos de Dados e Superendividamento do Consumidor: cooperação, cuidado e informação. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 50. p. 36-57, 2004. p. 45.

¹²⁷³ STJ, REsp 1.062.336/RS; Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, j. em 10/12/2008. p. 8.

configuração do dano moral, como aqui já destacado. Assim, permitir que os responsáveis pelo cometimento de um ato ilícito se escondam sob a alegação de que o devedor já possuía outras anotações implica cobrir-lhes com o ‘manto da impunidade’ e estimular a prática de novas ilegalidades.¹²⁷⁴

E complementa: “O ponto relevante é notar que em cada processo discute-se um específico ato de inscrição e não o histórico do consumidor como bom ou mau pagador.”¹²⁷⁵

Razoável que se reduza o montante da indenização já que uma segunda inscrição gera menos transtornos do que uma única indevida, mas afirmar que alguém que é inscrito indevidamente em lista de devedores não possa ser lesado em sua moral não parece correto. Também neste sentido foi o voto da relatora do supramencionado acórdão do STJ.

No tocante aos chamados cadastros “positivos” de proteção ao crédito, adotados por países como Alemanha e Áustria, estes visam apresentar todo o histórico creditício dos devedores, ainda que sem qualquer situação de incumprimento. Os cadastros positivos pretendem informar não apenas quais devedores não são merecedores de crédito, mas apontar quais são cumpridores de suas prestações e, portanto, passíveis de confiança na quitação dos créditos contraídos.¹²⁷⁶ Este modelo é que pretende adotar a Europa, que tem buscado elaborar “bases centralizadas de dados” onde constarão as informações sobre o histórico dos compradores a crédito, elaborando bases positivas que transcendam as fronteiras entre os países do velho mundo.¹²⁷⁷ Em defesa desta espécie de cadastro, pode-se argumentar que o modelo negativo – onde constam somente os incidentes de crédito, ou seja, somente quando o endividado é devedor de dívida exigível – não é suficiente para a prevenção do superendividamento, pois registra as dificuldades financeiras dos devedores quando já é tarde demais para evitá-las.

¹²⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. REsp 1.062.336/RS. Relatora: Min. Nancy Andrighi. j. em: 10 dez. 2008. p. 15-16.

¹²⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. REsp 1.062.336/RS; Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, j. em 10/12/2008. p. 17.

¹²⁷⁶ Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. **Endividamento e Sobreendividamento das Famílias Conceitos e Estatísticas para a sua Avaliação**. Disponível em: <http://www.oec.fe.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf_estudos_realizados/estudo_parte2%20cap_1.pdf> Acesso em: 09.07.2007. p. 13.

¹²⁷⁷ Observatório de Endividamento dos Consumidores. **Parecer sobre a Proposta de Directiva sobre Crédito aos Consumidores**. Disponível em: <http://www.oec.fe.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf_estudos_realizados/parecer_directiva.pdf> Acesso em: 09.07.2007. p. 4.

A crítica que se faz a estes cadastros está no caráter invasivo que viola a vida privada do devedor. Este é um direito fundamental, expresso na Constituição Federal no art. 5º, inciso X, juntamente com a intimidade, a honra e a imagem que se relacionam com este direito e por isso a criação desta espécie de base de dados é sempre muito polêmica.¹²⁷⁸

Outro perigo da utilização dos cadastros positivos é o risco de sua exploração comercial, taxando os consumidores de “bons” e “maus” pagadores, impedindo o acesso ao crédito aos “maus” que o necessitam para eventualmente tentar retomar o crescimento financeiro e abarrotando os “bons” de marketing numa corrida entre os fornecedores para ver quem consegue vender algo a ele, antes que ele se torne mais um endividado. Tal conduta prejudicaria os bons pagadores que seriam disputados e, com isso, molestados pelas instituições financeiras, e aos maus pagadores que ficariam à margem do mercado, excluídos da sociedade de consumo.¹²⁷⁹

A fim de impedir o mau uso da grande quantidade de informações sobre os consumidores constantes deste tipo de cadastro, a legislação belga - assim como a Diretiva 95/45 CE que trata da proteção da privacidade e dos dados pessoais - impôs, em art. 69, que é vedado o uso desviado dos dados de caráter pessoal obtidos junto a estes bancos de dados, sendo permitido seu uso somente para fins de apreciação da solvabilidade do consumidor.¹²⁸⁰

Já os “negativos”, utilizados na França, Bélgica, Finlândia¹²⁸¹ e Estados Unidos, se restringem a informar os indivíduos com débitos pendentes. Os norte-americanos preveem os denominados *Legal Registers Centre* no art. 87 do Código de Falências.¹²⁸²

¹²⁷⁸ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável**: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 103 e 104.

¹²⁷⁹ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável**: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 106.

¹²⁸⁰ No Brasil se tem tentado regulamentar o assunto por meio do Projeto de Lei nº 5870/2005. LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável**: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 105.

¹²⁸¹ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 223.

¹²⁸² MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 271.

Alguns países incumbiram a tarefa da elaboração e administração destes dados ao Estado, como é o caso da França, cuja gestão é realizada pelo Banco da França (*Banque de France*); da Bélgica, através do Banco Central, ou do Banco Nacional da Bélgica; e dos Estados Unidos e Finlândia, ambos por meio do Ministério da Justiça.¹²⁸³ Na França o *Fichier National des Incidents de Remboursement des crédits aux Particuliers* – FICP – foi criado pela lei Neiertz, instituído no artigo L. 333-4 do *Code de la consommation*¹²⁸⁴ e previa inicialmente que a inscrição somente se daria nos casos em que mais de três parcelas mensais estivessem em atraso, ou, caso a dívida não fosse parcelada, o débito estivesse vencido e impago há mais de noventa dias. Desde a reforma de 1998, acrescentou-se a hipótese de ter tido aceite pela Comissão de Superendividamento o pedido de abertura do procedimento de restabelecimento do passivo, requerido pelo credor. Isso se deu para impedir o agravamento da situação financeira do devedor depois de aprovado o pedido pela Comissão. Registram-se no cadastro, inclusive, o plano de pagamento e as recomendações feitas pelo juiz, enquanto durar a execução¹²⁸⁵, não podendo, tal inscrição exceder o prazo de oito anos (art. L. 333-4 do *Code de la Consommation*).¹²⁸⁶

Segundo afirmação de Geraldo Costa, nem no Brasil, nem na França, a inscrição nestes cadastros impede o consumidor de contrair novo crédito, embora, logicamente, os fornecedores de crédito enxergarão um risco exagerado na concessão de crédito para aquele tomador e dificilmente aceitarão realizar um negócio com uma possibilidade de insolvência anunciada.¹²⁸⁷

Em Portugal, existem duas instituições autorizadas a organizar os chamados ficheiros de crédito: um público e positivo, organizado pelo Banco de Portugal (Central de Riscos de Crédito) e outro privado e negativo denominado Credinformações.¹²⁸⁸ Embora perigoso, já

¹²⁸³ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vítór; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 208 a 210.

¹²⁸⁴ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 112. BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Bancos de Dados e Superendividamento do Consumidor: cooperação, cuidado e informação. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 50. p. 36-57, 2004. p. 51.

¹²⁸⁵ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vítór; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 246 a 248.

¹²⁸⁶ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 114.

¹²⁸⁷ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 113 e 114.

¹²⁸⁸ Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. **Endividamento e Sobreendividamento das Famílias Conceitos e Estatísticas para a sua Avaliação**. Disponível em:

que serve muito mais aos credores que aos devedores, os cadastros de proteção ao crédito são uma forma de barrar a concessão desmedida de crédito para aqueles consumidores que veem na possibilidade de contrair um novo crédito uma solução para o pagamento dos antigos, quando tal método tende a gerar um débito ainda maior.

Considerando que muitos fornecedores não realizam maiores análises quanto à capacidade de reembolso dos clientes e que a consulta a estes bancos de dados é prática frequente no meio comercial, esta é uma forma de fazer cessar a concessão irresponsável de créditos. Contudo, surge um paradoxo: embora os cadastros de proteção ao crédito devam servir de meio de prevenção, impedindo o agravamento da situação financeira do superendividado, grande parte dos consumidores cadastrados nos órgãos de proteção ao crédito já se encontram superendividados, e a aquisição de novo crédito poder-lhe-ia servir de forma de pagar os débitos anteriores e recomeçar a vida financeira se os encargos do novo crédito lhe forem favoráveis. Ainda que, como dito, tal método de pagamento das dívidas provavelmente gere ainda mais dívidas, por outro lado, algumas vezes esta é a única forma que o superendividado tem de ter acesso ao dinheiro para quitar seus débitos, buscando uma financeira que cobre juros menores do que aqueles cobrados pela sua dívida atual. Sem este acesso a qualquer crédito, dificilmente conseguirá quitar os débitos anteriores, quebrando o giro de seu capital, como bem afirma Luciano Timm:

A indevida colocação do consumidor nesses órgãos a serviço do crédito – que tem função social indiscutível – pode causar até o superendividamento, pois novos créditos lhe serão negados com base naquele registro desabonador equivocado, de sorte que o giro de seu capital poderá ser rompido e naquele momento as dívidas superem, num efeito cascata, os créditos. E uma vez desencadeado o círculo vicioso do superendividamento é difícil sair (algo como um efeito ‘bola de neve’, basta que se pense naquela pessoa constantemente devedora em sua conta de cheque especial).

[...]

Paradoxalmente, é também uma forma de combater o superendividamento caso bem utilizado, já que permite que seja negado o crédito a pessoas que não tenham mais condições de arcar com um novo ônus em seu orçamento.¹²⁸⁹

Outro grande problema deste meio de prevenção é que ele serve apenas para impedir o agravamento do superendividamento e não a sua configuração, já que a concessão de crédito irresponsável que atinge os que ainda não estão superendividados, não é suficientemente

<http://www.oec.fe.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf_estudos_realizados/estudo_parte2%20cap_1.pdf> Acesso em: 09.07.2007. p. 13.

¹²⁸⁹ TIMM, Luciano Benetti. **O superendividamento e o direito do consumidor**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor., Porto Alegre, magister, n. 8, p. 40-55, abr/maio, 2006. p. 52 e 53.

abrangida por este meio de prevenção. Além disso há um outro problema: o uso desmedido e irresponsável deste meio, já que diariamente pessoas são inseridas indevidamente nestes bancos de dados ou não retiradas no prazo, após o pagamento. O uso inadequado pode gerar danos que nos fazem questionar se vale a pena o uso desta ferramenta para o combate ao crédito irresponsável.

Pode-se mencionar mais um defeito que também envolve o uso indevido dos cadastros, mas como instrumento de pressão. Ainda que, de regra, as liminares buscando o descadastramento provisório do autor sejam deferidas enquanto se discute a dívida em juízo, até que o consumidor busque o judiciário – se é que buscará – as empresas podem pressioná-lo a pagar se valendo deste “poder” que possuem de vetar o acesso do devedor a qualquer outro crédito.¹²⁹⁰ O art. 42 do CDC, inspirado no direito norte-americano impede que o consumidor seja exposto ao ridículo ou exposto a constrangimento ou ameaça quando da cobrança, sendo, inclusive, crime conforme previsão do art. 71 do mesmo diploma.¹²⁹¹ É possível questionar se a utilização destes instrumentos cadastrais não acarretam um tipo de intimidação do direito fundamental ao acesso à Justiça, na medida em que são inscritos em tais ficheiros dívidas passíveis de discussão judicial em ação revisional, provocando uma estigmatização de consumidor que futuramente pode ter sua dívida extinta por ordem judicial que a entenda abusiva.¹²⁹² Há uma espécie de “condenação” sumária ao estigma de devedor, taxado sem possibilidade de contraditório ou ampla defesa. Ou seja, o uso dos cadastros como forma de opressão deve ser duramente combatido, para que este meio seja utilizado na sua forma correta e de acordo com a ética.

Portanto, ainda que sirva como forma de prevenção - como vem defendendo a doutrina estrangeira, notadamente a francesa, e vem fazendo a legislação europeia¹²⁹³ - deve-se ter cuidado com os dois lados deste meio de enfrentamento do superendividamento, pois os efeitos desta solução podem ser piores que o próprio problema. Por isso parece melhor a

¹²⁹⁰ TIMM, Luciano Benetti. **O superendividamento e o direito do consumidor**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor., Porto Alegre, magister, n. 8, p. 40-55, abr/maio, 2006. p. 54.

¹²⁹¹ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 71 e 72.

¹²⁹² BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Bancos de Dados e Superendividamento do Consumidor: cooperação, cuidado e informação. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 50. p. 36-57, 2004. p. 51.

¹²⁹³ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável**: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 102.

utilização mais frequente das demais formas de mitigação deste fenômeno social e um uso cauteloso deste meio, reservado a devedores reincidentes ou insolventes.¹²⁹⁴

5.1.1.5 Programas de educação para o crédito

A educação deve estar presente em todo o direito do consumidor.¹²⁹⁵ No combate ao superendividamento, não é diferente. Portanto, também os programas de educação para o uso do crédito consciente constituem forma de prevenção.¹²⁹⁶ Só se consegue desencorajar a tomada de empréstimos arriscados por meio da educação dos consumidores, que, conscientes de seus direitos e com a informação adequada, poderão perceber os riscos de contrair determinada dívida.¹²⁹⁷ A educação voltada para a gestão financeira pessoal deve ser frequente na vida da população, podendo ser posta em prática por meio de cartilhas, disciplinas escolares, cursos de administração de orçamento familiar gratuitos, criação de centros de aconselhamento ao consumidor, etc. Esta é uma solução não apenas para longo prazo, mas também a curto, já que os jovens têm, cada vez mais cedo, acesso ao mercado financeiro, possuindo cartão de crédito e conta corrente antes mesmo da maioridade legal.¹²⁹⁸

Este é um meio de enfrentamento muito aplicado pelos países nórdicos, de onde a iniciativa partiu de decisão conjunta dos respectivos ministros da defesa do consumidor e

¹²⁹⁴ Ainda neste tópico, importa registrar um detalhe interessante apontado por Cláudio Ardenghy dos Santos. Assim como existem tais cadastros de inadimplentes, há o cadastro de fornecedores com previsão para ser divulgado anualmente pelos órgãos de proteção do consumidor, e caso não houver a publicização da lista de empresas objeto de reclamação fundamentada, pode o Estado ser responsabilizado – objetivamente, é óbvio (art. 37 § 6º da CF) – por danos que esta pessoa jurídica venha a causar, já que “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:” (art. 24 da CF) “Produção e consumo” (inc. V) e a “responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” (inc. VIII, ambos do artigo supramencionado). SANTOS, Cláudio Sinoé Ardenghy dos. **Superendividamento – A Fragilidade do Consumidor**. Disponível em: <[http://www.tex.pro.br/wwwroot/06de2005/superendividamento _claudiosionoeardenghydosantos.htm](http://www.tex.pro.br/wwwroot/06de2005/superendividamento_claudiosionoeardenghydosantos.htm)> Acesso em: 09.07.2007. p. 9.

¹²⁹⁵ “Un des leitmotiv en matière de consommation est l’éducation du consommateur.” (no original) “Um dos leitmotives em matéria de consumo é a educação do consumidor.” (tradução livre) CHARDIN, Nicole. **Le contrat de consommation de crédit et l’autonomie de la volonté**. Paris: LGDJ, 1988. p. 206.

¹²⁹⁶ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 195.

¹²⁹⁷ KILBORN, Jason. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 82.

¹²⁹⁸ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 197.

visa, basicamente, transmitir conhecimentos acerca das despesas familiares e planejamento financeiro. Na Finlândia, há educação nas escolas, baseada nas orientações do *National Board of Education*, de 1995, cuja finalidade é ensinar as crianças a administrar seu dinheiro e planejar suas compras.

Nos Estados Unidos, o público alvo tem sido, majoritariamente, os adolescentes e adultos, para quem são elaborados programas de educação financeira. O *National Center for Financial Education* (NCFE) criou programas como “Os 10 mandamentos da gestão financeira para jovens”, entre outros. Da mesma forma, algumas organizações filantrópicas organizam centros de aconselhamento, como o *Consumer Credit Counseling Services* (CCCS). Este centro entra em contato com os credores no intuito de negociar uma forma de pagamento que seja viável ao devedor superendividado, evitando, assim, a pressão dos credores.

Na Finlândia, os centros de aconselhamento fazem parte dos Municípios e também auxiliam os devedores no contato com os credores e na elaboração de planos de pagamento. Portugal também conta com Centros deste tipo, como o Instituto do Consumidor, em nível nacional, e os Centros de Informação Autárquicos ao Consumidor (CIAC), em âmbito local.¹²⁹⁹ A Europa acrescentou à Comissão, em parecer do Comitê Econômico e Social, a função de promover, “desde a idade escolar, acções de informação e educação tendentes à prevenção do sobreendividamento.”¹³⁰⁰

No Brasil, vale citar a “cartilha do superendividado,”¹³⁰¹ lançada pelo Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. Ela prevê os “dez mandamentos do superendividado” em linguagem acessível e com gráficos que facilitam a compreensão de todos os públicos. A cartilha traz um teste: “estou superendividado?”, que pretende fazer com que a população verifique seu nível de superendividamento. O verso do folder traz orientações para o acesso

¹²⁹⁹ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 198 a 206.

¹³⁰⁰ Comitê Econômico e Social sobre ao Sobreendividamento das Famílias – União Européia. **Boletim UE 7/8-2000 e Parecer**. Disponível em: <<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002IE0511:PT:HTML>> Acesso em: 09.07.2007. p. 4.

¹³⁰¹ Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br/institu/projetos/Cartilha_Superendividado_POR.pdf> Acesso em: 21.01.2009.

ao projeto-piloto, instaurado pelas doutoras Káren Bertoncello e Clarissa Lima, visando ao tratamento do superendividamento.¹³⁰²

Ações pedagógicas de conscientização sobre os riscos do crédito irresponsável e de aconselhamento jurídico e financeiro podem ir além e plantar na população não apenas o cuidado com os efeitos colaterais do crédito, mas também a cultura da poupança, prevenindo, inclusive os casos de superendividamento passivo, isto é, decorrentes de fato superveniente que reduza significativamente o ativo do devedor.¹³⁰³ E este fomento pode ser reforçado por “estímulos financeiros e fiscais à constituição de poupanças.”¹³⁰⁴

Percebe-se claramente que quase todos os superendividados não possuíam qualquer poupança o que gera a procura por crédito nos momentos de crise financeira pessoal. O crédito existe para gerar investimento e produzir riqueza e não para cobrir o negativo. Os gastos se mantêm muito próximos dos ganhos, mesmo antes de sofrer com um momento de crise.¹³⁰⁵ Grande parte da população chega a utilizar o crédito como valores incorporados ao seu ativo. Não é incomum perceber que grande parte da população incorpora o limite da conta corrente ao saldo, tratando o saldo disponível (saldo somado ao limite de crédito previamente aprovado pelo banco) como saldo efetivo. Não é de se admirar que este cidadão não consiga poupar, e, pego de surpresa, quer por um acidente da vida, quer por má gestão, socorre-se de mais crédito já que não dispõe de valores guardados para tais momentos de crise.

5.1.1.6 Seguros de proteção ao crédito

¹³⁰² BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz, LIMA, Clarissa Costa de. Adesão ao projeto conciliar é legal – CNJ: Projeto piloto: tratamento das situações de superendividamento do consumidor: **Revista de direito do Consumidor**, n. 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

¹³⁰³ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 286.

¹³⁰⁴ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 288.

¹³⁰⁵ FRADE, Catarina, MAGALHÃES, Sara. Sobreendividamento, a outra face do crédito. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 37.

A conexão dos contratos de crédito com contratos de seguro para as causas que ponham em risco o pagamento das prestações¹³⁰⁶ é um meio eficaz de combate ao endividamento excessivo, principalmente na modalidade passiva, ou seja, aquele que decorre de um acidente da vida. Surgiram nos Estados Unidos, em 1917, com o lançamento pela seguradora *Morris Plan Insurance*.¹³⁰⁷ Hoje estes tipos de seguros são cada vez mais frequentes, notadamente na venda de veículos financiados, quando são comumente oferecidos no momento da compra, por meio de um pequeno aumento na parcela.

5.1.1.7 Garantes

A exigência de garantes com condições de pagar a dívida assim que ela não for adimplida serve como uma ótima forma de prevenção do superendividamento. Contudo, em pesquisa apontada por Rafaela Consalter¹³⁰⁸, apenas 22% dos entrevistados declararam que lhes foi exigida alguma forma de garantia, e neste número incluem-se não apenas fiadores, mas qualquer outra caução.¹³⁰⁹ E, quando se vislumbra a exigência de fiadores para a celebração de contratos de crédito, estes são geralmente pessoa da família que, confiando no parente solicitante, apenas assinam o contrato sem possuir a clara noção do risco que assumem, podendo vir a se endividar excessivamente caso seja chamado a arcar com os valores inadimplidos pelo devedor principal.

Este assunto vem sendo muito debatido na Europa, onde surge a preocupação em assegurar a extensão destes direitos e cuidados na prevenção ao superendividamento, também aos garantes. Neste sentido, também foi o parecer sobre a proposta de diretiva que trata do crédito aos consumidores, que posteriormente tornou-se a Diretiva 2008/48/CE. Tal relatório, elaborado pelo Observatório do Endividamento dos Consumidores de Portugal, enviado ao Instituto do Consumidor, acrescentou um parágrafo ressaltando a importância da “inclusão,

¹³⁰⁶ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 195 e 288.

¹³⁰⁷ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 211.

¹³⁰⁸ Pesquisa realizada na UFRGS sob a coordenação da Profª. Cláudia Lima Marques, já citada ao longo do trabalho.

¹³⁰⁹ CONSALTER, Rafaela. **O Perfil do Superendividado no Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <http://www.adpergs.org.br/restrito/arq_artigos30.pdf> Acesso em: 09.07.2007. p. 8.

além dos contratos de crédito aos consumidores, os contratos de garantia.”¹³¹⁰ Para a doutrina europeia, a solução para os casos em que não houve a prévia informação da situação financeira e principalmente da solvabilidade do devedor principal ao garante, estaria na desobrigação fulcro nos institutos do erro e, em alguns casos, até mesmo do dolo, além, evidentemente, da boa-fé.¹³¹¹

Na França, o *Code de la Consommation* exige que a oferta seja remetida ao fiador (L. 311-8 e L. 312-7) e ele deve escrever de próprio punho o texto estabelecido na lei: "En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de ... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de ..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même.", ou seja, “Instituindo-me fiador de X..., no limite da soma de ... cobrindo o pagamento do principal, dos juros e, sendo o caso, das penalidades ou juros de mora e pela duração de ..., eu me obrigo a pagar ao credor as somas devidas se X... não satisfizer ele mesmo.” (art. L.313-7). E, ainda, somente será solidária a obrigação se houver o apontamento, também manuscrito pelo fiador, com a seguinte inscrição, sob pena de nulidade: "En renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2298 du code civil et en m'obligeant solidairement avec X..., je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X...", isto é, “Renunciando ao benefício de discussão definido no artigo 2298 do *Code Civil* e me obrigando solidariamente com X..., eu me obrigo a pagar ao credor sem poder exigir que ele acione previamente X...” (art. L. 313-8). Além disso, tanto o tomador de crédito como o garante se beneficiam do prazo de reflexão (art. L.312-18). E não é só, o fiador deve ser informado do inadimplemento do devedor principal, sob pena do fornecedor de crédito perder as penalidades e os juros de mora (art. L. 313-9).¹³¹²

¹³¹⁰ Observatório de Endividamento dos Consumidores. **Parecer sobre a Proposta de Directiva sobre Crédito aos Consumidores.** Disponível em: http://www.oec.fe.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf_estudos_realizados/parecer_directiva.pdf Acesso em: 09.07.2007. p. 3.

¹³¹¹ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável:** os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 77 a 79.

¹³¹² COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento:** a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 103 a 106.

Mas ainda que não contemos com toda esta estrutura legal como os franceses, pode-se afirmar que deve o garante receber toda informação que fora fornecida ao devedor principal bem como a solvabilidade deste no momento da contratação.¹³¹³

5.1.1.8 Ligação entre contratos conexos (principal e de crédito)¹³¹⁴

A ligação ou conexão entre o contrato principal de consumo e o contrato de crédito¹³¹⁵ pretende unir o conjunto de contratos a que o consumidor adere, sem perceber, muitas vezes, quando da contratação a crédito.¹³¹⁶ Vale dizer, a título exemplificativo, que o consumidor adquire um automóvel Gol da Concessionária Volkswagen LTDA – primeiro contrato - e celebra financiamento com o Banco Volkswagen S.A. – segundo contrato -, instituição que o consumidor muitas vezes desconhece. Pois bem, tendo em vista que, para o consumidor, tais contratos conexos formam uma única operação, ambos devem ser tratados conjuntamente. A defesa do princípio da relatividade dos pactos em contratações deste tipo para desresponsabilizar a concessionária, quando da discussão do contrato firmado junto ao banco, ou vice-versa, é “uma artificiosa decomposição do negócio que visa transferir o ônus ao consumidor, desconsiderando que os pactos estão vinculados por formarem uma operação econômica unificada, sistematizada e funcionalizada pela própria rede de contratos criada pelos fornecedores.”¹³¹⁷

¹³¹³ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável**: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 109. KIRCHNER, Felipe. Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, n. 65, p. 63-113, jan./mar. 2008. p. 96 a 98.

¹³¹⁴ Esta técnica que visa a independência dos contratos é bastante complexa e demanda um estudo mais aprofundado. Vale deixar claro que não é o intuito deste trabalho realizar esta análise completa do tema, mas sim apenas citá-lo como mais um meio de combate ao superendividamento, assim como se fez com os demais meios apontados que não a revisão contratual.

¹³¹⁵ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 12. KIRCHNER, Felipe. Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, n. 65, p. 63-113, jan./mar. 2008. p. 99 a 106.

¹³¹⁶ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 98 a 103.

¹³¹⁷ KIRCHNER, Felipe. Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, n. 65, p. 63-113, jan./mar. 2008. p. 100.

5.1.1.9 Limitação da taxa de juros

A criação de um “regime de combate à usura”¹³¹⁸, que se daria por meio da já tão discutida limitação da taxa de juros é um meio altamente necessário para a redução dos níveis de superendividamento no Brasil. As taxas de juros são verdadeiras armadilhas para manter o consumidor como um eterno devedor. Mesmo na Europa, somente alguns países impõem limite à taxa de juros. A Suíça, por exemplo, não o faz, mas países como Itália e Alemanha têm como referência¹³¹⁹ a taxa anual de 4% e 5% de juros, respectivamente.¹³²⁰ No Brasil, não se aplica a lei da usura, ou mesmo a noção de juros usurários às instituições financeiras, que só se veem obrigadas a reduzir sua ganância por força de decisão judicial. Conforme dados colhidos pela pesquisa coordenada pela Profa. Cláudia Lima Marques, no estado do Rio Grande do Sul, quase um quarto dos entrevistados começou com uma dívida de até R\$ 300,00, sendo que o valor já havia chegado a mais de mil reais.¹³²¹ Arriscaria dizer que os juros usurários e camuflados – ou embutidos, como os já mencionados quando do dever de informação - são os grandes responsáveis pela maioria dos casos de superendividamento no Brasil. O agravante está em que a taxa de juros para a população mais pobre é naturalmente mais alta face ao risco de insolvência, e é exatamente o que vêm a ocorrer, pois o devedor não consegue arcar com o débito, em virtude de sua condição financeira limitada a fim de prover as necessidades básicas, e acaba em situação financeira similar a de uma bola de neve que cresce geometricamente, sem que o Estado faça nada para auxiliar este endividado. Como não possui qualquer forma de tratamento deste fenômeno social, vê seu patrimônio esvair-se para amortizar uma dívida impagável, tornando-se verdadeiro escravo daquele

¹³¹⁸ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 288.

¹³¹⁹ Embora não seja um limite legal pré-fixado (as partes podem estipular de modo diferente), esta é uma referência prevista nos Códigos Civis destes países, servindo de fundamento para a revisão do juro contratualmente estipulado.

¹³²⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 292.

¹³²¹ MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 303.

débito, trabalhando para repassar seus rendimentos à instituição de financeira no típico estilo feudal.

5.1.1.10 Criação de observatórios do superendividamento

Trata-se de um centro dedicado à observação e o estudo do superendividamento.

Embora não se trate propriamente de uma técnica de prevenção, mas sim de observação¹³²², tendo em vista que aqui se optou - para fins didáticos - por dividir os meios de combate apenas em duas categorias: prevenção e tratamento, aparentemente a criação de observatórios estaria mais próxima das técnicas que visam prevenir a ocorrência deste fenômeno. Assim pareceu possível incluí-lo no rol das formas preventivas de enfrentamento e mitigação dos efeitos.

A criação de Observatórios do Superendividamento, como os existentes em muitos países europeus, é também um meio de estudar o superendividamento permitindo o combate mais efetivo. Na França, há o *Observatoire de l'Endettement des Ménages* (OEM), da Associação Francesa de Bancos; na Bélgica, o *Observatoire du Crédit et de l'Endettement* (OCE) e, em Portugal, o Observatório de Endividamento dos Consumidores (OEC). Há também, na Europa, o *Consumer Debtnet* (CDN), uma rede de organizações de defesa do consumidor e demais serviços sociais, cuja finalidade é integrar os especialistas dos países integrantes: inicialmente, Suécia, Inglaterra, Alemanha, Holanda e Escócia, sendo que hoje muitos outros fazem parte dessa rede. Criada em Estocolmo, em maio de 1994, no seminário *Household Economics*, quando foi chamada de *European Network on Debt Advice and Household Budgeting*, passando posteriormente à denominação atual.¹³²³

5.1.1.11 Outros meios

¹³²² As formas de enfrentamento do superendividamento se dividem em: observação, prevenção e tratamento.

¹³²³ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vítor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 197.

Muitos doutrinadores apontam outros meios, como a eliminação das cláusulas abusivas estipuladas que possam levar o devedor ao superendividamento; a concessão de moratórias; o uso do direito penal como forma de contenção da oferta que omita dados exigidos pelo CDC, combinando o art. 52 ao crime do art. 69, que prevê pena de detenção de um a seis meses ou multa para o fornecedor que “deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade”¹³²⁴; a elaboração de códigos deontológicos que pautem o comportamento dos fornecedores impedindo métodos abusivos tanto de captação de clientes quanto de cobrança dos inadimplentes¹³²⁵; etc.

Opta-se por não aprofundar, neste trabalho, a abordagem das outras técnicas de proteção, no intuito de não estendê-lo em demasia. Além disso, elas são ilimitadas, já que a conciliação pode, por meio da liberdade contratual, gerar um sem número de ações para que se consiga obter a conclusão satisfatória do negócio.

5.1.2 Tratamento

Não há um tratamento ao superendividado no Brasil e o enfrentamento deste problema vem sendo feito com base na criatividade dos operadores do direito que encontram nos instrumentos existentes formas para encarar este problema que é cada vez mais freqüente.¹³²⁶ Ainda que os meios preventivos de enfrentamento do superendividamento sejam aplicados em sua plenitude, sabe-se que tal problema é consequência natural da sociedade de consumo e da liberação do crédito, portanto, não se pode ter a utopia da extinção absoluta deste problema, motivo pelo qual sempre serão necessários meios para o tratamento daqueles que se encontrarem nesta difícil situação.¹³²⁷

¹³²⁴ SANTOS, Cláudio Sinoé Ardenghy dos. **Superendividamento – A Fragilidade do Consumidor**. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/06de2005/superendividamento-claudiosionoeardenghydosantos.htm>> Acesso em: 09.07.2007. p. 7 e 8.

¹³²⁵ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 194 e 206 a 208.

¹³²⁶ MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Uma lei para os consumidores superendividados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 76-89, jan/mar. 2007. p. 85.

¹³²⁷ KILBORN, Jason. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 79.

Neste diapasão, pode-se mencionar como forma de tratamento a extinção *ipso iure* das dívidas, o dever de renegociação por parte do credor e, notadamente, a manutenção de um mínimo vital, o chamado *reste à vivre*, o qual visa a garantia da dignidade do devedor durante o cumprimento de seu plano de pagamento. Embora a manutenção de um mínimo vital não seja propriamente um mecanismo de tratamento, mas sim algo utilizado junto com os outros meios de tratamento, há que se estudá-lo. Tendo em vista que, como dito, se optou por dividir os meios de combate ao superendividamento entre meios de prevenção e de tratamento, parece que a manutenção de um mínimo existencial aproxima-se mais dos meios de tratamento do que de prevenção, já que tal garantia deve constar para aqueles que já se encontram em situação de superendividamento.

5.1.2.1 Manutenção de um mínimo existencial

Quanto a essa alternativa, trata-se da manutenção de um rendimento mínimo¹³²⁸ destinado aos gastos com a sobrevivência do superendividado e de sua família, permitindo-lhe prover as suas necessidades vitais e despesas cotidianas.¹³²⁹

“A adoção do mínimo existencial como filtro de compreensão do direito de propriedade está plenamente inserida em um contexto moderno de liberdade, ou seja, na liberdade de realizar-se numa sociedade solidarística e não numa ordem individualista.”¹³³⁰

¹³²⁸ Para o aprofundamento no tema sugere-se a leitura de TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. bem como dos textos de Ingo Sarlet, tais como: SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídicas-privadas. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (coord.); LONGO, Luís Antônio (coord.). **A constitucionalização do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008. p. 113-156. e SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, v.16, n.61, p. 90-125, jan. - mar./2007.

¹³²⁹ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 123 e 124. KIRCHNER, Felipe. Os novos poderes oriundos do contrato: readaptação e ruptura do vínculo contratual em razão da impossibilidade material. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 16, n. 62, p. 40-85, abr. /jun. 2007. p. 46 a 62. KIRCHNER, Felipe. Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, n. 65, p. 63-113, jan./mar. 2008. p. 77 a 86. GIANCOLI, Brunno Pandori. **O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 128 a 134.

¹³³⁰ GIANCOLI, Brunno Pandori. **O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 131.

No Brasil, embora não haja previsão constitucional expressa, pode-se dizer que este instituto está consagrado no dispositivo do Estado Social de Direito no inciso dedicado à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF); nos objetivos fundamentais da república, mais precisamente na construção de uma sociedade livre, justa e solidária e na erradicação da pobreza e da marginalização (art. 3º, I e III da CF); assim como no respeito a todos os demais direitos fundamentais constantes da Constituição Federal.¹³³¹

Há, na legislação infraconstitucional, a previsão da Lei 10.835, de janeiro de 2004, que institui a renda básica de cidadania, garantindo alimentação, educação e saúde por meio de benefício e que serviria como norte para a fixação do mínimo existencial. Além dessa, a chamada “lei orgânica da assistência social” – Lei 8742/93 - trata do tema.

No direito estrangeiro, boa parte¹³³² daqueles que preveem um tratamento ao superendividamento trazem o mínimo vital em seu regramento. São os casos da legislação alemã, francesa, belga, holandesa, suíça, finlandesa, norueguesa e do Quebec, mas a fórmula de cálculo varia de acordo com o país.¹³³³

No caso francês, por exemplo, o “*reste à vivre*” é calculado em função de uma dupla barreira: não pode ultrapassar a parte impenhorável dos salários, nem pode ser inferior ao chamado “rendimento mínimo de inserção”, aumentando em 50% no caso de se tratar de um devedor com agregado familiar.¹³³⁴

A elaboração de uma lei que trate do assunto é, sem dúvida, o meio repressivo mais eficaz. O implemento de um procedimento para tratar estas situações poderá solucionar o problema por meio, inicialmente, da conciliação, pondo em prática os deveres do credor de renegociar ou de mitigar o próprio prejuízo; prevendo um alongamento do prazo para o pagamento; a redução da taxa de juros; a concessão de moratórias e mesmo a remissão de

¹³³¹ KIRCHNER, Felipe. Os novos poderes oriundos do contrato: readaptação e ruptura do vínculo contratual em razão da impossibilidade material. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 16, n. 62, p. 40-85, abr. /jun. 2007. p. 46.

¹³³² Heloisa Carpena chega a falar em “Todas as legislações”, já que todas aquelas com relevância internacional apresentam de alguma forma este instituto no seu texto legal. MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Uma lei para os consumidores superendividados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 76-89, jan/mar. 2007. p. 86.

¹³³³ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p.227.

¹³³⁴ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p.227.

dívidas, como tem feito a legislação estrangeira.¹³³⁵ E nesta lei é que se preverá um mínimo existencial, que deve abarcar gastos com “alimentação, habitação, vestuário, transporte, higiene e cuidados pessoais, assistência à saúde, educação, recreação e cultura.”¹³³⁶

Sem destacar um montante mínimo para a subsistência do devedor superendividado é muito pouco provável que este se recupere financeiramente e honre suas dívidas.¹³³⁷

Rosângela Cavallazzi ainda observa que “Esses gastos representam, para as famílias do Sul, Sudeste e Centro-oeste, 82% da despesa total (...) Nesse contexto, parece razoável que não se tolere consignar mais de vinte por cento da renda familiar, sob pena de agredir a dignidade do endividado.”

Embora sem uma legislação específica, a jurisprudência brasileira já tem reconhecido a existência deste fenômeno mundial, identificando-o como “patologia frequente da moderna sociedade massificada de consumo e crédito”, fazendo “(...) analogia com a situação prevista no inc. IV do art. 649 do CPC que proíbe a penhora de salários e vencimentos”.¹³³⁸ Contudo, a regulação por uma lei própria é necessária à correta tutela dos superendividados brasileiros como se verá. Por fim, o que se quer registrar é que tratar o superendividado é garantir que as dívidas do falido individual sejam quitadas, mantendo-se sua dignidade mínima, e não há como atingir este objetivo sem a fixação de um mínimo existencial.¹³³⁹

5.1.2.2 Extinção ipso jure das dívidas

¹³³⁵ TIMM, Luciano Benetti. **O superendividamento e o direito do consumidor**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor., Porto Alegre, magister, n. 8, p. 40-55, abr/maio, 2006. p. 55.

¹³³⁶ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. O perfil do superendividamento: referências no Brasil. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 389.

¹³³⁷ LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Cláudia Lima. Porto Alegre, 2006. p. 91.

¹³³⁸ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Quinta Câmara Cível. Ap. Cív. Nº 2006.001.16305. Relatora: DES. CRISTINA TEREZA GAULIA. Julgamento 25 abr. 2006.

¹³³⁹ MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Uma lei para os consumidores superendividados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 76-89, jan/mar. 2007. p. 86.

Comumente chamado de “perdão de dívidas”¹³⁴⁰, eis que a extinção da dívida mais utilizada é aquela em que o credor concede o perdão quando da novação estabelecida em fase amigável do processo, que normalmente precede o litígio legal, ou na elaboração de planos judiciais de pagamento. No entanto, além desta modalidade, algumas legislações se valem do perdão como forma de dar fim ao processo quando o juiz, convencido da injustiça de se exigir maiores esforços por parte do devedor, extingue a dívida sem o pagamento. Assim, se conferida pelo credor, trata-se de perdão, se pelo juiz, extinção *ipso iure*.

Embora o ato seja característico da religião católica - o que se depreende de textos bíblicos como “Perdoa-nos as nossas dívidas, como nós também perdoamos aos nossos devedores (Mateus 6:12)”¹³⁴¹ - são as legislações próximas ao modelo anglo-saxão de tratamento da falência de pessoas físicas, portanto de raiz protestante, que usualmente adotam este tipo de remédio para os casos de superendividamento.

Os países que costumam conceder a extinção *ipso iure* automaticamente são os Estados Unidos, a Inglaterra e a Dinamarca. A França, desde 1998 também passou a prever a possibilidade de extinção total das dívidas. A Alemanha e a Áustria são mais comedidas e somente permitem tal espécie de extinção *ipso iure* em condições mais extremas, assim como a Bélgica, a Finlândia e a Suécia que só admitem a extinção *ipso iure* depois de cumpridas as obrigações estabelecidas no plano de pagamento. O direito holandês permite deixar, após a análise da boa-fé, enquanto o norueguês exige a análise da moralidade da concessão da extinção no caso concreto. A Suíça restringe de modo ainda maior a utilização deste recurso ao permiti-lo somente em casos absolutamente extremos e depois de decorridos mais de vinte anos sem êxito no pagamento.¹³⁴² Entretanto, a tendência é que se aumente o uso deste recurso quando restar evidente a insolvência do devedor impedindo uma cobrança ilimitada por parte do credor.

No plano dos direitos fundamentais, pode-se citar a “proteção contra a desesperança”, que, segundo Jörg Neuner, aplicada ao plano jurídico-privado, visa amparar o indivíduo

¹³⁴⁰ Embora o termo “perdão” seja bastante aplicado quando deste assunto, o termo juridicamente mais correto é “extinção *ipso iure*”, isto é, extinção “pelo próprio direito”. AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 23 e 73.

¹³⁴¹ WEATHERFORD, Jack McIver. **A história do dinheiro: do arenito do ao cyberspace**. Ed. rev. - São Paulo: Negócio Editora, 2000. p. 223.

¹³⁴² MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 228 e 229.

contra as situações de dependência e, caso isso ocorra, ele deve ter perspectiva de solucionar seu problema. Este direito proíbe, desta forma, a responsabilidade perpétua por dívidas impagáveis, ou “desproporcionalmente onerosas”, nas palavras do autor que ainda acrescenta: “No interesse de evitar este risco, cada vez mais ordens jurídicas prevêem, por conseguinte, a possibilidade de liberação de dívidas ou regulação de dívidas, admitindo assim a chance de um ‘*fresh start*’”.¹³⁴³

Por derradeiro, cabe mencionar que algumas dívidas são impedidas de gozar deste benefício por sua natureza. Tal exclusão se dá por regra legal, sendo que as mais comuns são as alimentares e as fiscais.¹³⁴⁴

5.1.2.3 Dever de renegociação

Inclui-se neste meio de mitigação dos efeitos o fomento à conciliação, já que esta pode ser uma forma de agradar a ambos, tanto ao credor que receberá ao menos parte de seu crédito, quanto ao devedor que poderá ver-se livre dos débitos pendentes. Além do que, a venda voluntária de bens é bem mais vantajosa do que a promovida por hasta pública, o que possibilitará ao devedor quitar mais débitos com o ativo que dispõe.

Este dever implícito do fornecedor concretiza a cooperação entre as partes ao exigir que o fornecedor colabore na minoração dos danos oriundos do inadimplemento do superendividado, assim como exige do devedor uma atuação de boa-fé, buscando meios para quitar a dívida. Há que se frisar que, além da boa-fé, está consagrado um princípio próprio para esta exigência de colaborar com o outro contratante, trata-se do “princípio da cooperação”, que serve de princípio norteador do superendividamento.¹³⁴⁵

¹³⁴³ NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Jurisdição e direitos fundamentais**: anuário 2004/2005. – Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006. p. 157.

¹³⁴⁴ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 246.

¹³⁴⁵ GIANCOLI, Brunno Pandori. **O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 111 a 117.

Isto afasta “a recorrente arguição das instituições financeiras sobre a indústria das ações revisionais e o pretense rolamento das dívidas por elas provocado”.¹³⁴⁶ A chamada “indústria da revisional” não existiria se fossem minimamente respeitados os ditames do CDC. Ao contrário, os bancos criaram renegociações com encargos exorbitantes e nomes com conotações que induziam a pensar que estariam preocupados com os devedores, como a “novação salvadora da dívida”, denominação marqueteira que propõe uma salvação, mas que, na verdade, se fundava em práticas abusivas.

Trata-se, ao final, de redistribuir os riscos da frustração do negócio.¹³⁴⁷

Esta forma de enfrentamento se aproxima muito da revisão judicial dos contratos, ambos visando a solução, quando nenhum dos outros meios logrou êxito em impedir seus efeitos nefastos. Na Alemanha, os assuntos são tratados conjuntamente: quando se fala em revisão dos contratos por onerosidade excessiva em função da quebra da base do negócio jurídico (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*), fala-se em dever de adaptação (*Anpassungspflicht*) e de renegociação (*Neuverhandlungspflicht*).¹³⁴⁸ A diferença está em que a revisão dos contratos por onerosidade excessiva é a aplicação do dever de renegociar pelo Poder Judiciário. Como a intervenção do Estado-juiz é para ser o último recurso, a renegociação extrajudicial que ora se aborda pode ser uma solução menos traumática ao consumidor que não precisa movimentar toda a máquina do judiciário para ir às últimas consequências no seu intento de pagar somente o justo. Assim, somente quando essa renegociação voluntária é inexitosa, passa-se à imposição do reequilíbrio do contrato por um terceiro imparcial que ouvirá as justificativas de ambas as partes.¹³⁴⁹

¹³⁴⁶ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 77.

¹³⁴⁷ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 72, 73 e 77 a 79.

¹³⁴⁸ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 16. MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado**: Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 267. p. 268.

¹³⁴⁹ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 103.

Quando se fala em dever de renegociar pode-se citar, também, o já mencionado dever do credor de mitigar o próprio prejuízo¹³⁵⁰, chamado de *duty to mitigate the loss*. Este dever, que tem origem no direito anglo-saxão, procura impedir situações nas quais “o credor se mantém inerte face ao descumprimento por parte do devedor, cruzando, literalmente, os braços, vendo crescer o prejuízo, sem procurar evitar ou, ao menos, minimizar sua própria perda”.¹³⁵¹ Não é efetivamente uma obrigação, pois seu descumprimento não acarreta responsabilidade contratual do credor, mas pode-se dizer que é decorrente da boa-fé. Assim faz o direito francês que a embasa na boa-fé e na proibição do abuso de direito; já o que o BGB fundamenta este dever classificando-o de *Obliegenheit*, ou seja, uma obrigação cuja exigência de cumprimento possui menos intensidade; no direito do *common law*, o dever de mitigar o prejuízo é consequência do próprio sistema de descumprimento contratual.¹³⁵² Vera Fradera aduz que, no direito brasileiro, embora não recepcionado expressamente pelo CC de 2002, este é um dever acessório da boa-fé objetiva e pode ser recebido pelo ordenamento nas figuras do *venire contra factum proprium* e no abuso de direito.¹³⁵³

Feito este paralelo, mister ressaltar ainda, que o dever de renegociação é uma obrigação do fornecedor e um direito do consumidor, não devendo ser exercido sob a pressão do consumidor e a título de favor pelo fornecedor, o que frequentemente se percebe em sala de audiência.¹³⁵⁴

A já mencionada pesquisa realizada no Rio Grande do Sul demonstra que tal dever não vem sendo cumprido, pois 67% dos superendividados entrevistados tentou resolver

¹³⁵⁰ KIRCHNER, Felipe. Os novos poderes oriundos do contrato: readaptação e ruptura do vínculo contratual em razão da impossibilidade material. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 16, n. 62, p. 40-85, abr. /jun. 2007. p. 70 a 71. KIRCHNER, Felipe. Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, n. 65, p. 63-113, jan./mar. 2008. p. 92 a 94.

¹³⁵¹ FRADERA, Vera Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Rio de Janeiro: Editora Padma. Ano 5, vol. 19, jul/set. 2004. p. 110.

¹³⁵² FRADERA, Vera Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Rio de Janeiro: Editora Padma. Ano 5, vol. 19, jul/set. 2004. p. 113 a 115.

¹³⁵³ FRADERA, Vera Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Rio de Janeiro: Editora Padma. Ano 5, vol. 19, jul/set. 2004. p. 116 a 119.

¹³⁵⁴ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 244.

administrativamente o problema, buscando renegociar extrajudicialmente de maneira amigável sem lograr êxito.¹³⁵⁵

É principalmente com base neste dever que se tem posto em prática projetos piloto como os realizados pelas juízas Karen Bertoncello e Clarissa de Lima no judiciário gaúcho¹³⁵⁶, ou como o desenvolvido pela Defensoria Pública, também do Rio Grande do Sul e do Rio de Janeiro¹³⁵⁷, em conjunto com o Nudecon e o Projeto Conciliação, que envolveu os processos concernentes ao Sistema Financeiro de Habitação (SFH)¹³⁵⁸ do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.¹³⁵⁹ O primeiro consiste em uma audiência em que os credores são convidados a comparecer para discussão de soluções para o pagamento da dívida, sob a mediação das magistradas. Este projeto foi, inicialmente, implementado nas Comarcas de Charqueadas e Sapucaia do Sul e acompanhava um formulário padronizado e uma cartilha do superendividado. Este método já vem sendo aplicado em adesão ao Projeto “Conciliar é Legal” do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) desde o final de 2006.¹³⁶⁰ O segundo foi instituído por resolução do Defensor Público Geral do Estado que organizou comissões de defesa do consumidor superendividado, cujos defensores membros do núcleo detectam os casos de superendividamento pela coleta de dados e reúnem os credores que ouvem o depoimento do devedor em uma primeira audiência, onde são convidados a comparecer a uma

¹³⁵⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 306. A íntegra do projeto-piloto - que inclusive foi agraciado com Menção Honrosa no V Prêmio Innovare, Categoria Juiz Individual - pode ser encontrada ao final do livro das autoras: BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz, LIMA, Clarissa Costa de. **Superendividamento aplicado: Aspectos Doutrinários e Experiência no Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010. p.267 e ss.

¹³⁵⁶ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz, LIMA, Clarissa Costa de. Adesão ao projeto conciliar é legal - CNJ: Projeto piloto: tratamento das situações de superendividamento do consumidor: **Revista de direito do Consumidor**, n. 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

¹³⁵⁷ MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Uma lei para os consumidores superendividados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 76-89, jan/mar. 2007. p. 86, Nota 28.

¹³⁵⁸ Sobre a onerosidade excessiva nos contratos do sistema financeiro da habitação, ver também: CANATO, Mônica Aparecida. Contratos do sistema financeiro da habitação: a onerosidade anti-social. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 301-335.

¹³⁵⁹ TESSLER, Marga Inge Barth. Administração da Justiça: inovações - O Projeto Conciliação no SFH do TRF 4ª Região. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 371 a 377.

¹³⁶⁰ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz, LIMA, Clarissa Costa de. Adesão ao projeto conciliar é legal - CNJ: Projeto piloto: tratamento das situações de superendividamento do consumidor: **Revista de direito do Consumidor**, n. 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) - Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 77 e Nota 281.

segunda audiência para fins de conciliação. Caso haja acordo, a ata, assinada pelo Defensor Público, constitui-se em título executivo extrajudicial¹³⁶¹, com fulcro art. 585, II, do Código de Processo Civil.¹³⁶²

Soluções como estas beneficiam devedores que se veem livres da angústia causada pelas dívidas em excesso e beneficiam os credores que, na grande maioria dos casos, não teria outra forma de receber, pois teria frustrada sua execução diante da ausência de bens penhoráveis, que, se um dia existiram, já foram vendidos para saldar outras dívidas.¹³⁶³ Além do que, este método permite a contratação de todos os tipos de medidas imaginados pelas partes, sem restrição àquelas previstas em lei, face à liberdade contratual. O limite à novação é a ordem pública¹³⁶⁴, o que permite às partes encontrar a solução ideal ao caso concreto, quer dilatando prazos, concedendo descontos, reduzindo juros, entre outras tantas. É claro que esta liberdade não é absoluta, pois “las partes no son libres para prever las consecuencias de la inexecución del plan”.¹³⁶⁵

No Brasil, onde não há soluções previstas em lei própria, basicamente todas as formas de enfrentamento do endividamento excessivo se baseiam em medidas contratuais. Em países onde a lei apresenta meios de recuperação dos superendividados, esta é uma maneira de estabelecer outras soluções para o problema que não as legalmente prescritas.¹³⁶⁶

¹³⁶¹ OLIBONI, Marcella Lopes de Carvalho Pessanha. O Superendividamento do Consumidor Brasileiro e o Papel da Defensoria Pública: criação da comissão de defesa do consumidor superendividado. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 352 a 354.

¹³⁶² Graças ao art. 113 do CDC que inseriu o § 6º no art. 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) conferindo à todos os legitimados para o ajuizamento da mencionada demanda, a possibilidade de firmar Termos de Ajustamento de Conduta (TAC), o que dispensa testemunhas ou homologação judicial para gerar força de título executivo. CONSALTER, Rafaela. Novas tendências da atuação da Defensoria Pública na defesa do consumidor necessitado. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 362 e 363.

¹³⁶³ CONSALTER, Rafaela. Novas tendências da atuação da Defensoria Pública na defesa do consumidor necessitado. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 362.

¹³⁶⁴ PAISANT, Gilles. El Tratamiento del Sobreendeudamiento de los Consumidores en Derecho Francés. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 42, p. 9-26, abr/jun 2002. p. 18 e 19.

¹³⁶⁵ PAISANT, Gilles. El Tratamiento del Sobreendeudamiento de los Consumidores en Derecho Francés. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 42, p. 9-26, abr/jun 2002. p. 23.

¹³⁶⁶ PAISANT, Gilles. El Tratamiento del Sobreendeudamiento de los Consumidores en Derecho Francés. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 42, p. 9-26, abr/jun 2002. p. 21.

5.1.2.4 Criação de lei que estabeleça um sistema de tratamento do superendividamento

A criação de lei que estabeleça um sistema de tratamento do superendividamento é, certamente, a melhor solução, podendo amparar o superendividado em todos os aspectos. A doutrina é unânime em afirmar que é urgente a realização da prevenção sistemática e o tratamento célere de tais situações, pois o tempo é fator determinante em casos de insolvência já que agrava a condição patrimonial, diminuindo as esperanças de reabilitação do superendividado.¹³⁶⁷ Resta sabido que:

a experiência advinda das estatísticas dos julgados demonstra a necessidade de criação de instrumentos legais capazes de reestruturar a organização da economia interna dos consumidores. Não se trata aqui de majoração com o fito de destinar paternalismo exacerbado, mas, sim, de elaboração de soluções para o fenômeno social já positivado na legislação francesa e denominado de superendividamento.¹³⁶⁸

A prova do pensamento uníssono dos juristas no sentido de defender a criação de uma lei específica para o tratamento dos superendividados é a aprovação da moção no Pré-Congresso Internacional do Brasilcon, Comemorativo dos quinze anos do CDC em 07.09.2005, que dizia que:

Deve ser enviada ao Ministério da Justiça a fim de que se crie uma lei especial para o tratamento global do superendividamento do consumidor pessoa física de boa-fé, tutelando entre outros aspectos o direito de desistência e o direito de renegociação. Também regulando o marketing de crédito, fixando sanções para não-apresentações de contrato, entre outros pontos, além da criação de uma comissão que deve tratar anteprojeto de lei referida.¹³⁶⁹

Entretanto, isto não é tarefa fácil. Para tanto é necessário superar o *lobby* das instituições financeiras que se beneficiam da concessão desmedida de crédito, face a cobrança de juros usurários.¹³⁷⁰ Este momento posterior à crise financeira mundial é perfeito para a aprovação desta lei, pois a crise de solvabilidade dos cidadãos faz com que a concessão

¹³⁶⁷ MARQUES, Maria Manuel Leitão; FRADE Catarina. **Regular o Sobreendividamento**. Disponível em: <<http://www.gplp.mj.pt/home/conferencias/cire/Maria%20Manuel%20Leit%C3%A3o%20Marques.pdf>> Acesso em: 09.07.2007. p. 8 e 9.

¹³⁶⁸ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Bancos de Dados e Superendividamento do Consumidor: cooperação, cuidado e informação. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 50. p. 36-57, 2004. p. 46.

¹³⁶⁹ MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 21 e 22.

¹³⁷⁰ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 290 e 291.

irresponsável de crédito deixe de ser um negócio vantajoso, reduzindo, assim, o interesse das instituições de crédito nesse investimento.

Deve-se ter, contudo, imenso cuidado ao elaborar tal sistema legal, pois o uso abusivo pode gerar um desequilíbrio econômico, “levando as instituições financeiras a compensar o risco acrescido através do aumento das taxas de juro e desviando a atenção da prevenção”.¹³⁷¹ Portanto, caso gere um aumento da taxa de juros em função do cálculo do *spread* bancário¹³⁷², sem uma diminuição na concessão desmedida de crédito, a lei só vai aumentar o número de superendividados, que recorrerão ao sistema, provocando colapso decorrente do excesso de demandas. E ainda, frise-se que é necessário encontrar o meio termo entre os modelos apresentados no direito comparado com equilíbrio entre a proteção do superendividado e do mercado, ao mesmo tempo. Optar por um modelo que restrinja sobremaneira a liberação do devedor pode não auxiliar aqueles que não têm outra alternativa, correndo-se o risco de não evoluir no tratamento do superendividamento e permanecer estagnado em um novo procedimento de insolvência. Além do mais, um modelo demasiado rígido, que pressione os consumidores, estimula a prática de soluções ilegais, como bem assevera Kilborn:

Devedores talvez sacrifiquem seu próprio benefício optando em transferir ou destruir bens, ou optar por esconder-se, em vez de se engajarem num sistema ‘injusto’ de insolvência que exige demasiado sacrifício para um eventual benefício, [...] se consumidores [...] vêem o sistema como injusto e não digno de respeito, isto coloca em perigo todo o potencial que o sistema possa ter para inculcar lições positivas sobre o uso responsável do crédito.¹³⁷³

¹³⁷¹ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 298.

¹³⁷² Segundo um estudo de José Ricardo Roriz Coelho, diretor do Departamento de Competitividade e Tecnologia da FIESP (Federação das Indústrias do Estado de São Paulo) elaborado com base em dados do FMI demonstrou que o *spread* brasileiro é o maior entre quarenta países selecionados chegando a 26,77%, o que, segundo afirmação do autor da pesquisa seria “uma aberração”. Para comparação: a percentagem do quadragésimo colocado, o Japão, é de 1,28%, ficando o Brasil atrás de países como, por exemplo, Tajiquistão (16,30%), Quirguistão (13,56%), Angola (11,43%), Honduras (9,12%), Belize (5,77%), Macau (5,25%), Suriname (5,20%), Omã (2,76%), etc. Este *spread* é composto de diversos fatores como, por exemplo, a margem do banco (26,9%), a carga tributária (18,3%), custo administrativo (13,5%), etc. Destes, a maior fatia da composição do *spread* é a inadimplência, com 37,4%, isto é, a busca por um meio que possibilite a adimplência das dívidas dos indivíduos superendividados pode ser a solução para a redução deste índice aterrador que diminui a competitividade do produto brasileiro. Segundo reportagem do jornal Estado de São Paulo que analisou esta pesquisa, “O custo de crédito no Brasil é um dos mais altos do mundo. Na pessoa jurídica, a taxa média é mais de dez vezes superior à americana e na pessoa física a diferença é ainda maior. A afirmação é de Roberto Troster (...) Troster observa que a falta de transparência nos preços cobrados pelo crédito possibilita abusos e limita a capacidade de escolha do tomador.” Evidentemente a Federação dos Bancos (Febraban) considerou o estudo “absurdo”, conforme as palavras do economista chefe Rubens Sardenberg, que culpa “uma série de ineficiências da economia brasileira” pelo alto *spread* bruto no Brasil, mas diz que os números da pesquisa estariam errados. REHDER, Marcelo. Spread bancário custa R\$ 261 bi aos brasileiros. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 27 dez. 2009, caderno Economia e Negócios.

¹³⁷³ KILBORN, Jason. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI,

Por outro lado, um modelo que facilite em demasia a liberação provoca a sensação de liberdade de contrair créditos no consumidor, que arriscará ainda mais na aquisição destes¹³⁷⁴, gerando uma crise de insolvência que a experiência norte-americana tem demonstrado ser perigosa. Nos Estados Unidos, a crise imobiliária de 2008 decorreu da concessão desmedida de crédito, garantido por hipotecas da casa própria, aliado a um sistema de liberação das dívidas que não exigia nem mesmo que o devedor fizesse uma tentativa de quitação do débito. Portanto deve haver a possibilidade de extinção e liberação das dívidas, mas não sem antes buscar incutir no superendividado um alerta no sentido de provocar maior diligência, quando da tomada de outros empréstimos. O consumidor não precisa sofrer com o sentimento de fracasso e culpa, mas apenas compreender que é justo que se esforce para quitar o débito.¹³⁷⁵ Nas palavras de Kilborn:

O nível de sacrifício exigido para o benefício prometido, a duração de tempo para o benefício, e a consistência dos sacrifícios e recompensas entre devedores em diferentes áreas, todas impactam a ‘imparcialidade’ e, conseqüentemente, o potencial educacional do devedor num sistema de alívio e débito.¹³⁷⁶

E tudo isso que foi dito deve se dar de modo a formular um procedimento “célere, simplificado e desburocratizado, claro, próximo das partes, participado e co-responsabilizador, socialmente comprometido e, na sua origem, reunir um consenso mínimo das principais entidades envolvidas”.¹³⁷⁷ Sem dúvida um árduo trabalho.

Importa consignar, também, a relevância da previsão legal de uma fase conciliatória prévia ao tratamento, pois amigavelmente muitos destes casos se resolvem. E mais, parece indicado que a fase de conciliação seja extrajudicial, pois esta medida estimularia a procura

Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 92.

¹³⁷⁴ KILBORN, Jason. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 85.

¹³⁷⁵ KILBORN, Jason. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 86 a 89.

¹³⁷⁶ KILBORN, Jason. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 90.

¹³⁷⁷ MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 304.

por uma solução de consenso já que é difícil que os tribunais deem conta de um enorme número de demandas de modo célere e eficaz. Na Noruega, onde a fase de mediação é judicial, os processos duram, em média, quatro meses, o que por si seria difícil de alcançar na realidade brasileira, e ainda assim, este período foi considerado excessivo. Já, na Bélgica, que prevê uma tentativa de conciliação extrajudicial prévia, 80% dos casos foram resolvidos nesta sede preliminar. Portanto, o procedimento brasileiro deve ser célere, simplificado e de baixo custo¹³⁷⁸, mais até do que nos outros países, já que contamos com um dos maiores números de superendividados do mundo.

Espera-se uma resposta rápida do Estado já que:

Emitir essas “normas de direito positivo” constitui tarefa do Estado-legislador (por meio da legislação infra-constitucional), do Estado-administrador (por meio da atividade normativa secundária e pela proposição e implementação de políticas públicas) e do Estado-juiz (pela concretização das cláusulas gerais da legislação infraconstitucional e pela concretização das próprias normas constitucionais).¹³⁷⁹

De qualquer forma, enquanto não contamos com uma lei própria, podemos nos valer do CDC para realizar esta proteção com amparo legal.¹³⁸⁰ O fato é que não se pode ficar aguardando de braços cruzados a elaboração de lei, pois há outros mecanismos de superação da ausência de legislação, como a operacionalização de princípios e de direitos fundamentais, entre outras, como vêm fazendo as áreas de grande dinamicidade socioeconômicas, como o comércio eletrônico, por exemplo, que não pode contar com a regulamentação legal face à intensa modificação da realidade.¹³⁸¹ Neste sentido, afirma Gustavo Tepedino: “Trata-se de constatação indiscutível, que impõe ao interprete uma mudança de atitude, sob pena de

¹³⁷⁸ MARQUES, Maria Manuel Leitão; FRADE Catarina. **Regular o Sobreendividamento**. Disponível em: <<http://www.gplp.mj.pt/home/conferencias/cire/Maria%20Manuel%20Leit%C3%A3o%20Marques.pdf>> Acesso em: 09.07.2007. p. 18 a 20.

¹³⁷⁹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 69.

¹³⁸⁰ Todo o Código traz dispositivos que auxiliam na tarefa de enquadrar as medidas em um texto legal, mas pode-se fazer uma menção especial aos artigos 6º, III, IV e V; 43; 46; 49; 51, IV; 52 e 54. OLIBONI, Marcella Lopes de Carvalho Pessanha. O Superendividamento do Consumidor Brasileiro e o Papel da Defensoria Pública: criação da comissão de defesa do consumidor superendividado. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 349 e 351.

¹³⁸¹ SANTOLIM, César Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 55, jul/set. 2005. p. 69.

sucumbir à realidade social, perplexo e inerte à espera de uma mítica intervenção legislativa, encerrado em abstenções concernentes a um modelo ideal de sociedade.”¹³⁸²

Por fim, a revisão dos contratos pelo superendividado mostra-se a solução prática mais viável hoje, já que as técnicas de proteção preventiva não vêm sendo aplicadas e as demais formas de tratamento muitas vezes são de difícil emprego prático. Por isso, em havendo falhado os meios de mitigação dos efeitos, resta ao superendividado recorrer ao Poder Judiciário para ver revisados os seus débitos.

5.2 Superendividamento como fato superveniente ensejador da revisão judicial dos contratos de consumo

Feitas as considerações, põe-se aqui a seguinte questão: à vista da legislação atual, pode o superendividamento ser alegado como fato superveniente alterador das circunstâncias fáticas e dar causa à revisão de um contrato de consumo? Tendo em conta o artigo 6º, inciso V, do CDC (em algumas hipóteses combinado com o art. 51, § 1º, III do mesmo diploma legal) penso que a resposta é positiva.

Entre todos os já estudados meios de mitigar os efeitos do superendividamento a revisão dos contratos por fato superveniente se mostra como um dos instrumentos mais eficazes de proteção. Partindo de princípios como da lealdade, boa-fé, cooperação, dever de informação e de renegociação¹³⁸³; a revisão dos contratos pode e deve servir como solução para aliviar a carga dos consumidores superendividados¹³⁸⁴, trazendo de volta ao contrato a equidade e preservando a dignidade do contratante superendividado. E isso porque quase sempre as “mazelas de um consumidor acentuadamente endividado têm [...] como fonte um contrato desequilibrado [...]”¹³⁸⁵.

¹³⁸² TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. **Temas de Direito Civil**. 3. ed., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2004. p. 225.

¹³⁸³ Vale mencionar que a renegociação é espécie do gênero “revisão”.

¹³⁸⁴ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 242 e 243.

¹³⁸⁵ PEREIRA, Wellerson Miranda. Superendividamento e crédito ao consumidor: reflexões sob uma perspectiva de direito comparado. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos**

Ainda que medidas como as mencionadas no capítulo anterior possam servir para mitigar os efeitos do fenômeno do superendividamento, não há como negar que, na prática, a revisão dos pactos firmados por consumidores à beira da falência é hoje, no Brasil, a mais eficiente, por isso que uma lei para o tratamento dos superendividados terá de estar baseada nesta ideia. De qualquer modo, na falta de tutela legal específica, a revisão, da forma como prevista na lei, servirá aos fins de proteção ao superendividado no caso a caso.

É necessária e urgente uma solução prevista em lei, com procedimento próprio, permitindo tutela e atenção maior a este problema crescente na moderna sociedade de consumo. O país clama por uma previsão legal deste fenômeno, a fim de melhor atender aos efeitos devastadores do superendividamento, sendo esta a melhor medida a ser tomada com este intuito. Mesmo porque, como bem lembrado por Judith Martins-Costa, remetendo a Robert Alexy, os direitos humanos somente se desenvolvem por completo quando são garantidos por normas de direito positivo.¹³⁸⁶

Todavia, enquanto não houver lei específica¹³⁸⁷, nada impede o uso da revisão dos contratos, prevista no artigo 6º, V do CDC nos casos de superendividamento, notadamente nas hipóteses em que o consumidor mantém relações continuadas permanentes, como nas situações de renegociação de dívidas com instituições financeiras, bancos e cartões de crédito onde o devedor reste na condição final de réu de sua dívida impagável.¹³⁸⁸

Enquanto a maioria dos instrumentos busca proteger a vontade livre e racional, bem como a confiança do consumidor de crédito quando da contratação, outros institutos visam adaptar a manifestação de vontade, quer porque esta não foi protegida pelos meios antes

do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p.184.

¹³⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 69.

¹³⁸⁷ “A falta de legislação específica não impede, porém, de todo, a proteção e defesa dos consumidores em situação de superendividamento no Brasil, uma vez que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) e a própria Constituição Federal contêm normas gerais que autorizam esse movimento, enquanto se aguarda sanção de legislação sobre o tema.” OLIBONI, Marcella Lopes de Carvalho Pessanha. O Superendividamento do Consumidor Brasileiro e o Papel da Defensoria Pública: criação da comissão de defesa do consumidor superendividado. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado:** Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 346.

¹³⁸⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao Consumidor e Superendividamento – Uma problemática Geral. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 17, p. 57-64, 1996. p.58.

apontados (revisão dos contratos pelas cláusulas abusivas – art. 51, § 1º, III do CDC), quer porque restou atingida por fato superveniente que a afetou (revisão dos contratos por fato superveniente (art. 6º, V do CDC). “A proteção da vontade livre do consumidor, finalmente, dá-se com a proteção de sua ‘vontade racional’ (1) com o cuidado contra cláusulas abusivas (2) e com a teoria da quebra da base do negócio jurídico (3).”¹³⁸⁹

Neste trabalho, focou-se o segundo meio de proteção da vontade onde se busca a conservação do sinalagma, mantendo a intenção inicial das partes, adaptando-a à situação sobrevinda, independentemente da previsão dos contratantes. E, para isso, pode-se utilizar não apenas o art. 6º, V, que vem sendo bastante comentado neste trabalho, mas também o art. 51, IV, que prevê a nulidade de cláusulas iníquas, o que também serve para ratificar o entendimento de que o contrato desequilibrado por fato superveniente deve ser reformulado.¹³⁹⁰

O uso do recurso da revisão dos contratos como forma de manter o equilíbrio inicial e impor um dever de renegociar tem evoluído na doutrina europeia, notadamente na alemã, onde se tem entendido que, com base no dever de cooperação, boa-fé e na antiga exceção da ruína, haveria “um dever geral de renegociação nos contratos de longa duração”¹³⁹¹, ou *Neuverhandlungspflicht*, como já mencionado quando se tratou do dever de renegociar. Autores que relacionam esta ideia com o dever de adaptação e a quebra da base do negócio, embasam sua teoria no BGB que, depois da reforma de 2000 e 2001, passou a prever, no § 314, “um direito geral de rescisão em contratos cativos de longa duração”.¹³⁹² Para isso, partem da boa-fé (§ 242 do BGB) e do dever de atuar cooperativamente (*Mitwirkungspflicht*)

¹³⁸⁹ TIMM, Luciano Benetti. **O superendividamento e o direito do consumidor**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor., Porto Alegre, magister, n. 8, p. 40-55, abr/maio, 2006. p. 47.

¹³⁹⁰ TIMM, Luciano Benetti. **O superendividamento e o direito do consumidor**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor., Porto Alegre, magister, n. 8, p. 40-55, abr/maio, 2006. p. 50 e 51.

¹³⁹¹ MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 267.

¹³⁹² MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 269.

do direito comercial (§§ 133 e 140 do HGB – Código Comercial alemão).¹³⁹³ A primeira é utilizada com uma função de correção em caso de alteração do contexto fático, ou *Korrekturfunktion*, no sentido de adaptação, no intuito de manter o vínculo contratual ainda que quebrada a base objetiva, respeitando o princípio da manutenção dos pactos e na função de autorização de uma decisão por equidade, ou *Ermächtigungsfunktion*, isto é, baseado em um direito de equidade (*Billigkeitsrecht*).¹³⁹⁴

Compreendido que há, no Brasil e no mundo, a necessidade de manter o equilíbrio do acordo e permitir a revisão do contrato de longa duração sempre que excessivamente oneroso para uma das partes, resta saber se o motivo desta onerosidade que torne o contrato economicamente impossível de cumprir pode ser o endividamento excessivo de um dos contratantes. Assim, a discussão está em compreender o superendividamento como um fato superveniente alterador das circunstâncias fáticas que o onere excessivamente.¹³⁹⁵ Uma vez compreendido como tal, não há como afastar a aplicação do dispositivo legal que permite a revisão dos pactos.

Há, é certo, o argumento de que no caso do superendividamento ativo inconsciente não há uma modificação fática posterior à contratação - como o acidente da vida presente no superendividamento passivo - e que, portanto não haveria um “fato superveniente” a legitimar a revisão pelo art. 6º, V do CDC. Ocorre que o próprio fato de o endividado tornar-se superendividado já é uma modificação econômica superveniente a pactuação. O consumidor que tinha sua vida financeira sob controle e passa a ter um passivo maior que o ativo sofre com um fato superveniente que altera sua possibilidade de cumprir com sua vontade inicial.

¹³⁹³ MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 269.

¹³⁹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 281 e 282. KIRCHNER, Felipe. Os novos poderes oriundos do contrato: readaptação e ruptura do vínculo contratual em razão da impossibilidade material. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 16, n. 62, p. 40-85, abr./jun. 2007. p. 64. KIRCHNER, Felipe. Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, n. 65, p. 63-113, jan./mar. 2008. p. 86 e 87.

¹³⁹⁵ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 73.

No momento da execução, o consumidor se vê em uma situação fática diversa da que estava quando contratou.

E não se diga que não se está diante de um fato superveniente, naqueles casos em que o consumidor contrata novos créditos visando quitar anteriores¹³⁹⁶, pois não se pode desconsiderar que o agravamento da situação de superendividamento é, sim, fator superveniente e decorrente, inclusive, da concessão desmedida de crédito a quem evidentemente não poderia ressarcir o montante recebido a título de empréstimo a juros. Talvez isto não se dê em todas as relações, sendo necessária a análise do caso concreto, mas em algumas, fica evidente, como é o caso das financeiras que fazem propaganda de seu crédito direcionado à finalidade de quitar débitos anteriores. Assim, vendem um crédito a quem já sabem que está em situação financeira debilitada e muitas vezes ainda acrescentam à oferta, como um atrativo, a não consulta aos cadastros de proteção ao crédito.

Caso ainda assim o julgador não admita a condição de “fato superveniente” do superendividamento a servir de hipótese para a revisão com base no art. 6º, V do CDC, pode ele basear-se no art. 51, IV e § 1º III e anular as cláusulas que provoquem a onerosidade excessiva. O fato é que não se pode ignorar a situação dramática do consumidor, sob pena de não proteger sua dignidade a pretexto de uma ausência de previsão legal ou impossibilidade de interpretação do texto existente.

Aqui também se deve levar em conta a causa do negócio jurídico.¹³⁹⁷ Se o indivíduo adquire algo compatível com sua renda no momento da celebração, mas que deixa de ser suportável por seu ativo no momento do pagamento, pode-se dizer que as circunstâncias que formam a base da contratação não mais existem. A compatibilidade com a renda é determinante em uma contratação, a partir do momento que desaparece em função de fato

¹³⁹⁶ E muito comumente, o devedor, premido pela necessidade de sobreviver e pagar as dívidas, vem a contrair novas visando adimplir as já vencidas. OLIBONI, Marcella Lopes de Carvalho Pessanha. O Superendividamento do Consumidor Brasileiro e o Papel da Defensoria Pública: criação da comissão de defesa do consumidor superendividado. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 349.

¹³⁹⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. - 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). - São Paulo: Saraiva, 2002. p. 152-161.

superveniente, some uma das razões que fundaram “as transferências de riqueza projectadas”.¹³⁹⁸

Deve-se sempre atentar para a causa da ruína de um dos contratantes na avaliação da possibilidade de revisão dos contratos firmados pelo superendividado. E, inclusive, a intenção dos contratantes pode ser apreciada para tanto. Quando Ropo trata do desaparecimento da causa, ensina também que além da causa deve-se levar em consideração os “motivos”.¹³⁹⁹ Quando é ofertado crédito específico a superendividados, sendo, inclusive, vendido com o atrativo da não consulta aos cadastros de proteção ao crédito, aquele que concede este crédito está ciente da grande chance de inadimplemento e ainda assim contrata porque lhe parece vantajoso possuir um indivíduo falido na condição de devedor a juros. Este é o motivo para ignorar a evidente e anunciada inadimplência do consumidor. Exemplifica o jurista italiano:

Assim como não é ilícito mútuo que alguém conceda a um jogador de azar, mesmo sabendo que este lançará o dinheiro sobre a mesa de jogo: mas é ilícito – por ilicitude do motivo comum determinante – se o empréstimo for feito pela casa de jogo ou por outro jogador para permitir ao mutuário continuar a jogar.¹⁴⁰⁰

Por conseguinte, emprestar a quem não tem como pagar para vender-lhe um produto (ou o próprio crédito) faz com que se deva revisar o pacto a fim de viabilizar o seu cumprimento. A questão é saber se aquele que cedeu o crédito tinha o dever de verificar a solvabilidade do tomador de crédito, o que não é problema quando o crédito é direcionado a superendividados. Claro que os motivos, em função da dificuldade de se averiguar, não tem tanta relevância quanto a causa, mas o que se quer dizer é que tudo deve ser levado em conta quando se analisa o direito de revisão contratual baseado no superendividamento.

Ainda nesta linha de pensamento, outro ponto que pode ser levantado toca à subjetividade do evento, isto é, o fato superveniente não diz respeito ao contrato, mas ao contratante. Alguns dirão que o superendividado não passou a essa condição em virtude de

¹³⁹⁸ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 201.

¹³⁹⁹ “Mas a lei – já se viu – dispõe que o contrato pode ser nulo também quando se revelem ilícitos os seus *motivos*. O conceito de “motivo” do contrato acha-se por contraposição ao da causa. As partes que tomam uma iniciativa contratual propõem-se realizar através dela *interesses particulares*, satisfazer *particulares necessidades* individuais que vão para além, e ficam fora, do esquema e dos efeitos típicos da operação jurídico-económica concretamente empregada, e que vimos coincidir com a causa do contrato.” ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 198-199.

¹⁴⁰⁰ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 200.

um contrato isoladamente (aquele que se quer revisar), mas em função de uma álea da sua vida (superendividado passivo) ou da má gestão de seu orçamento (superendividado ativo), mas não em decorrência de um fato alterador das circunstâncias que diga respeito ao contrato (como ocorre com a mudança de uma alíquota, por exemplo). No entanto, em nenhum momento a legislação afasta a subjetividade do fato superveniente de maneira expressa. Não há esta exigência do art. 6º, V do CDC e, portanto, não há necessidade de a jurisprudência criar um empecilho que a lei não trouxe. Claro que dependerá de uma leitura em harmonia entre o artigo supracitado e o art. 4º, III do mesmo diploma, assim como, de acordo com a boa-fé e a lealdade.

Há que se ter uma visão sistemática do Código que sempre adotou a proteção do consumidor como norte. Da exegese do artigo 6º do CDC, depreende-se que sempre que acometido de graves dificuldades de cumprimento do que fora pactuado, a lei auxiliará o consumidor. É o que se pretende com a defesa da inclusão do superendividamento como fato superveniente, causador de um ônus exacerbado: estender a mão ao consumidor desesperado.

A dúvida que pretende instigar a discussão e a reflexão dos juristas modernos está na possibilidade de revisão a partir das classificações antes expostas.

Quanto ao superendividado passivo, pode-se dizer que é menos polêmico enquadrar seu acidente da vida como fato superveniente. Ainda que se diga que o superendividamento em si não serviria de fato superveniente, o fato que gerou o superendividamento indubitavelmente alterou as circunstâncias fáticas quando da execução do contrato. Karen Bertoncello expõe seu apoio à tese, entendendo que, embora não haja previsão legal para o instituto, “podemos subsumi-lo na teoria da imprevisão se considerado o superendividamento passivo e sob a ótica de sua natureza de impossibilidade advinda dos ‘acidentes da vida’ (desemprego, divórcio, morte na família etc.), [...]”¹⁴⁰¹ O evento causador do endividamento excessivo é o mesmo evento superveniente alterador das circunstâncias fáticas. Os desastres do acaso, que podem destruir a economia de um indivíduo, podem também causar o desequilíbrio de um contrato, permitindo sua revisão.

¹⁴⁰¹ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 75.

Portanto, parece claro que o superendividado passivo possa se valer da revisão dos contratos por fato superveniente para renegociar suas dívidas, assim como resta evidente a impossibilidade de auxílio ao superendividado ativo consciente. Mas e o superendividado ativo inconsciente, aquele que se encontra em situação de superendividamento por imperícia na gestão de sua vida financeira? Este ficará à mercê da análise judicial do caso concreto que deve levar em consideração os mesmos motivos que foram explanados na primeira parte deste trabalho - redução do valor da autonomia privada, expansão de uma visão social do direito, resgate de ideias ligadas ao sinalagma contratual, crescimento da cooperação entre os pactuantes como princípio contratual, etc. - que corroboram a tese de que o superendividamento deve ser considerado, de regra, causa de revisão de acordos desequilibrados.

Para Karen Bertoncello, também este mereceria apoio “ainda que ausente a imprevisibilidade da causa geradora da revisão e, portanto, incabível a aplicação da teoria precedente, a constatação da excessiva onerosidade advinda ao consumidor resta amparada pela teoria da quebra da base do negócio”.¹⁴⁰² De fato, tem razão a magistrada gaúcha, pois também o ativo inconsciente pode receber apoio com base na atual legislação consumeirista.

E ainda que se deixem de lado as discussões sobre a teoria adotada em cada texto legal – se o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor recepcionaram a imprevisão francesa, a onerosidade excessiva italiana ou a base do negócio alemã -, o que importa é a redação da lei, que definitivamente não prevê qualquer empecilho no art. 6º, V do CDC, a que o superendividado ativo inconsciente se valha de seu direito de ver revisado um contrato excessivamente onerado.

O fato é que a condição accidental, ou seja, imprevisível e inesperada do fato, só é importante para o CC. No CDC basta que fato superveniente torne as prestações excessivamente onerosas. Só o que importa é que haja uma impossibilidade relativa (econômica), isto é, não física ou absoluta.

¹⁴⁰² BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 75.

O superendividamento é causa típica de incumprimento de contrato por impossibilidade econômica. Não há exemplo melhor para explicar o que é a impossibilidade relativa de cumprimento de um pacto, pois no endividamento excessivo é fisicamente possível cumprir o acordado – ao contrário do caso fortuito e da força maior –, mas o pactuante não pode realizar o que se comprometeu porque economicamente não consegue. E não consegue no sentido de que não tem recursos para tanto e que a impraticabilidade diz com um esforço descomunal que não se pode permitir seja demandado por atentar contra os direitos fundamentais do devedor.¹⁴⁰³ Ainda que fisicamente o consiga, exigir o cumprimento seria impor-lhe passar fome, ou abrir mão de qualquer outro bem essencial para manter a sobrevivência. Evidente que a dívida pode ser exigida pelo credor, mas o modo como será adimplida deve respeitar o direito moderno, que não mais se restringe a zelar pela sobrevivência dos seus cidadãos, pois o Estado Democrático e Social de Direito visa adjetivar esta subsistência com a dignidade. Quando se fala em impossibilidade de cumprimento, não se está a referir somente à impossibilidade absoluta, ou mesmo à financeira pura, mas sim à impossibilidade de quitar as dívidas de modo equilibrado, de pagar o que é justo e de manter a sobrevivência digna do cidadão. O cumprimento sem essas características pode ser chamado de impossível e permite a revisão do acordado, gerando obrigações que respeitem os direitos fundamentais do superendividado.

É neste ponto, também, que se deve mencionar a evolução da constitucionalização do direito privado, que mais adiante será aprofundada. A visão constitucional do contrato não permite que se negue auxílio ao contratante exageradamente endividado. O contrato deixa, como já dito, de ser mera fonte de obrigações, devendo respeitar ao princípio da dignidade da pessoa humana presente no primeiro artigo de nossa Carta Magna.¹⁴⁰⁴ O art. 3º da Constituição Federal é claro ao estabelecer como objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Como *objetivo fundamental da República Federativa do Brasil*, na feliz expressão do legislador, esta meta deve fazer parte do processo de declaração de incidência das normas. Ao juiz não é mais dado o direito de simplesmente analisar os fatos apresentados na petição inicial e comprometidos na contestação, sem antes procurar estabelecer como seu objetivo fundamental, ao entregar a jurisdição dos destinatários das normas constitucionais, na qualidade de Estado interventor, a busca de uma sociedade livre, justa e solidária.

¹⁴⁰³ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 75.

¹⁴⁰⁴ Art. 1º, inc. III, da Constituição Federal.

É visível que neste processo, o Estado juiz deva observar o que ocorre no mundo dos fatos, de forma atenta e crítica, [...]”¹⁴⁰⁵

O art. 170 também fala em dignidade quando trata da ordem econômica. A Constituição Federal determina, neste dispositivo, que a ordem econômica tem por finalidade garantir a existência digna e, no inciso V, menciona expressamente a “defesa do consumidor” como princípio a ser observado para alcançar esta meta.¹⁴⁰⁶ Parece que não apenas o CDC não faz restrições quanto à classificação do superendividado para auxiliá-lo no enfrentamento da onerosidade excessiva, como a Constituição visa, nas palavras do legislador constituinte, “assegurar a todos existência digna”, isto é, sem qualquer ressalva ao devedor imprevidente. “A solidariedade e a luta contra as exclusões sociais são imperativos nacionais.”¹⁴⁰⁷

Os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito devem pautar a hermenêutica da lei infraconstitucional.¹⁴⁰⁸ A Constituição brasileira repudia a escravidão financeira e o superendividamento compromete a dignidade do consumidor, motivo pelo qual a interpretação que o entende como fundamento da revisão contratual deve prevalecer.

A visão humana do direito que tem se espalhado no século XXI, atinge também o direito contratual em função de maior importância aos direitos fundamentais em todas as áreas do direito. A preocupação com o devedor se dá por influência da sensibilidade e compaixão aos dramas humanos que são desprezados pelo capitalismo, dividindo prejuízos e angústias decorrentes de uma falência individual. O Direito como um todo se sistematiza por uma visão constitucional que atenta para a dignidade e os princípios dela decorrentes.

[...] podemos invocar como fundamento da justiça contratual a visão solidarista que encara a concepção contratual com uma mínima dose de ‘sensibilidade’, ou mesmo de ‘humanidade’, por não se tratar de fenômeno capaz de ser reduzido a uma mera

¹⁴⁰⁵ CASADO, Márcio Mello. Os Princípios Fundamentais como Ponto de Partida para uma Primeira Análise do Sobreendividamento no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 132.

¹⁴⁰⁶ CASADO, Márcio Mello. Os Princípios Fundamentais como Ponto de Partida para uma Primeira Análise do Sobreendividamento no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 140.

¹⁴⁰⁷ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 251.

¹⁴⁰⁸ CASADO, Márcio Mello. Os Princípios Fundamentais como Ponto de Partida para uma Primeira Análise do Sobreendividamento no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 130-142. p.131.

operação econômica, mas passível do reconhecimento da sua função predominante em ‘satisfazer e tutelar necessidades e interesses humanos legítimos’.¹⁴⁰⁹

Aqui não se pretende discorrer sobre os direitos fundamentais, dada complexidade e amplitude do assunto, e até mesmo porque se voltará ao tema quando da análise da possibilidade de revisão dos contratos regidos pelo CC, no entanto, cabe invocá-los para legitimar a revisão dos contratos com base no superendividamento.

Embora os direitos fundamentais tenham sido, a princípio, direitos defensivos, isto é, que protegem o indivíduo da atuação do Estado, impondo deveres de abstenção ao Poder Público, também podem esses direitos exigir uma atuação positiva do Estado diante do seu dever de proteção dos cidadãos e de promoção dos próprios direitos fundamentais.¹⁴¹⁰ O avanço dos direitos fundamentais sobre todos os campos do direito demonstra a evolução da ciência jurídica, e é de se notar que eles têm gerado um efeito indireto nas relações entre particulares (*Dirttwirkung*). “Desta feita, há uma superação das teorias que negam uma vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, eis que se percebe quase como uma unanimidade doutrinária o reconhecimento deste liame.”¹⁴¹¹

No âmbito consumeirista, isso se dá com a defesa dos direitos fundamentais de primeira geração, direitos políticos, aliados aos direitos fundamentais de segunda geração, como o próprio direito de defesa do consumidor.¹⁴¹² A proteção da legítima expectativa do consumidor “nada mais é do que a projeção do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana no âmbito obrigacional.”¹⁴¹³ No direito civil, poder-se-ia questionar esta função protetora haja vista a posição de igualdade dos particulares, mas, no direito do consumidor,

¹⁴⁰⁹ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 93.

¹⁴¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 70.

¹⁴¹¹ KIRCHNER, Felipe. Os novos poderes oriundos do contrato: readaptação e ruptura do vínculo contratual em razão da impossibilidade material. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 16, n. 62, p. 40-85, abr. /jun. 2007. p. 56.

¹⁴¹² MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 285.

¹⁴¹³ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Superendividamento: propostas para um estudo empírico e perspectiva de regulação. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 338.

onde uma parte está em posição de fragilidade perante a outra, o Estado não pode se omitir. O exercício e a eficácia dos direitos fundamentais devem ser assegurados ao indivíduo pela sociedade e isso só se faz pondo em prática o dever de proteção da parte mais frágil, independentemente da origem do ato que lesa seus direitos fundamentais, isto é, a agressão pode ser proveniente tanto do próprio Estado, quanto de um particular em posição de superioridade.¹⁴¹⁴ Fala-se, aqui, dos consumidores porque interessam ao trabalho, mas tal dever de proteção se aplica às crianças, idosos, operários, réus, contribuintes, etc.

Os direitos fundamentais têm importância ímpar no assunto do superendividamento já que visam a manter a dignidade da pessoa física falida. Sabe-se que “vida digna” é um termo vago¹⁴¹⁵ e que a dignidade da pessoa humana tem sido utilizada para fundamentar institutos demais, criando inclusive paradoxos quando a dignidade se aplica a favor e contra uma mesma ideia, mas o fato é que não há termo melhor para definir o que se busca com a proteção do superendividado. Segundo Marcella Oliboni: “E a situação de superendividamento é incompatível com o respeito à dignidade.”¹⁴¹⁶, assim como para Heloisa Carpena, quando aduz: “A tutela do consumidor superendividado constitui direito fundamental, consagrado o princípio da dignidade da pessoa humana.”¹⁴¹⁷, ou ainda, em outro ensaio: “Tutelar o superendividado significa dar efetividade aos princípios da função social do contrato e da dignidade da pessoa humana, [...]”¹⁴¹⁸ E embora seja difícil conceituar e delimitar o que seja a dignidade, esta é uma expressão compreendida por todos. Prova disso é a sua utilização no primeiro artigo da Constituição Federal, em inciso III¹⁴¹⁹; bem como no

¹⁴¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 71.

¹⁴¹⁵ KILBORN, Jason. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 91. Nota 56.

¹⁴¹⁶ OLIBONI, Marcella Lopes de Carvalho Pessanha. O Superendividamento do Consumidor Brasileiro e o Papel da Defensoria Pública: criação da comissão de defesa do consumidor superendividado. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 346.

¹⁴¹⁷ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Superendividamento: propostas para um estudo empírico e perspectiva de regulação. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 315.

¹⁴¹⁸ MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Uma lei para os consumidores superendividados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 76-89, jan/mar. 2007. p.77.

¹⁴¹⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;

caput do art. 170¹⁴²⁰, como já referido; quando o texto aborda a proteção especial do Estado destinado à família e ao planejamento familiar, art. 226 § 7º¹⁴²¹; ao conferir dignidade à criança e ao adolescente, em art. 227¹⁴²², e aos idosos no art. 230.¹⁴²³ E até mesmo nos Atos das disposições constitucionais transitórias, no art. 79, incluído pela Emenda Constitucional 31, de 2000, regulamentada pela Lei Complementar 111, de 06.07.2001, que cria o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza¹⁴²⁴, onde fala em “níveis dignos de subsistência”.¹⁴²⁵ O mesmo fez o CDC, que incluiu o respeito à dignidade do consumidor no rol dos direitos básicos, em art. 4º *caput*.¹⁴²⁶

O que se está pretendendo dizer é que o termo é impreciso, mas compreensível, tanto que muito utilizado pela legislação e, portanto, podemos, sim, embasar a revisão dos contratos por fato superveniente face ao superendividamento do devedor, na preservação de sua dignidade, por mais inconsistente que o termo seja. A crítica quanto à ambiguidade se aplica a casos em que de fato haja tal incerteza, pois esta provoca o risco de criação dos mencionados

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

¹⁴²⁰ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

¹⁴²¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

[...]

¹⁴²² Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

¹⁴²³ Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

[...]

¹⁴²⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 140.

¹⁴²⁵ Art. 79. É instituído, para vigorar até o ano de 2010, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida.

[...]

¹⁴²⁶ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

paradoxos. Neste caso, difícil defender que face à dignidade do credor/fornecedor o devedor superendividado deva cumprir o compromisso ajustado. Quem beira a desgraça é o devedor/consumidor.

A própria concessão de crédito de maneira irrefletida, a quem não tem condições de cumprir o contrato, representa um atentado à dignidade do consumidor, uma vez que “a teoria do abuso do direito impõe limites éticos ao exercício dos direitos subjetivos e de outras prerrogativas individuais.”¹⁴²⁷ Este abuso gera uma dívida que o devedor buscará quitar a todo custo, quer para honrar o compromisso assumido, quer para excluir seu nome dos cadastros de devedores inadimplentes, comprometendo sua existência digna.¹⁴²⁸

Neste sentido há decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em que a Desembargadora Cristina Tereza Gaulia afirma que os descontos realizados em conta corrente de devedora superendividada por meio do chamado crédito consignado representam uma “agressão à dignidade se os descontos incidem sobre os parcos vencimentos da autora retirando-lhe a possibilidade de deliberar sobre quais os débitos de sua vida privada são mais relevantes”.¹⁴²⁹

Por derradeiro resta ainda consignar que o grande problema está em que a “tutela legal a destinar remédio jurídico ao superendividado”¹⁴³⁰ que possuímos, é um instrumento destinado à resolução individual do problema. Não há como atingir a coletividade por este meio, o que restringe a atuação do Estado na proteção do superendividado somente àqueles que busquem o Estado-juiz. Além de ter que movimentar o Estado demasiadamente, pois um processo demanda tempo e dinheiro, esta solução não traz uniformidade no tratamento, pois não há nem mesmo limitação de juros no país, o que faz com que um grande número de juízes independentes e autônomos julguem conforme sua convicção sem qualquer uniformidade.

¹⁴²⁷ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Superendividamento: propostas para um estudo empírico e perspectiva de regulação. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 337.

¹⁴²⁸ OLIBONI, Marcella Lopes de Carvalho Pessanha. O Superendividamento do Consumidor Brasileiro e o Papel da Defensoria Pública: criação da comissão de defesa do consumidor superendividado. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 347.

¹⁴²⁹ TJRJ, 5ª Câ. Civ., ApCiv 2006.001.16305, JDS. Des. Cristina Tereza Gaulia, j. 25.04.2006.

¹⁴³⁰ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 76.

Mas o pior problema está em esta forma de enfrentamento não permitir uma visão global das dívidas¹⁴³¹ já que as trata uma a uma, e por vezes por juízes diferentes. É claro que não se está a criticar a liberdade de julgar conforme os critérios de cada juiz, até mesmo porque a inovação jurisprudencial é, na maioria das vezes, benéfica à sociedade, mas sim apontando para um problema que decorre da falta de uma lei que sistematize a cobrança conjunta das dívidas de um indivíduo. Nestas ações revisionais, como estão previstas, o consumidor fica frente apenas a um credor, não sendo possível aferir o quão endividado está aquele cidadão e tratando das dívidas de forma fragmentada.¹⁴³² Na grande maioria dos casos, o superendividado enfrenta o que se chama de multiendividamento¹⁴³³, isto é, “mais de um compromisso de crédito”¹⁴³⁴, o que exigiria um tratamento coletivo das dívidas. Por isso voltamos a afirmar a importância da elaboração de lei que permita o tratamento global das dívidas e a mediação conjunta com todos os credores.¹⁴³⁵ Entretanto, embora todas as falhas, este é o instrumento de que dispomos e, portanto deve-se estudá-lo para realizar sua aplicação da melhor maneira possível no intuito de salvar os superendividados brasileiros com as armas que o ordenamento disponibiliza.

E ainda, quando se dispuser de uma tutela legal específica com um procedimento próprio, prevendo diversas formas de enfrentamento deste fenômeno social – e tenho esperanças nisto -, a revisão dos contratos servirá de meio para alcançar o tratamento dos

¹⁴³¹ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz, LIMA, Clarissa Costa de. Tratamento do crédito ao consumo na América Latina e superendividamento. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 201.

¹⁴³² MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 299 e 306.

¹⁴³³ Importante lembrar que o multiendividamento não se confunde com o superendividamento. O multiendividado não necessariamente é um superendividado, pois é aquele que possui muitas dívidas, independentemente de se pode ou não pagar por elas. Este último fator só importa à definição do superendividado. Assim, se alguém tem uma dívida com um credor e pode pagar é um endividado. Quem possui muitas dívidas com muitos credores e pode pagar é um multiendividado. E quem possui uma ou muitas dívidas e não pode pagar por elas pois carece de recursos para tanto é um superendividado.

¹⁴³⁴ MARQUES, Maria Manuel Leitão; FRADE Catarina. **Regular o Sobreendividamento**. Disponível em: <<http://www.gplp.mj.pt/home/conferencias/cire/Maria%20Manuel%20Leit%C3%A3o%20Marques.pdf>> Acesso em: 09.07.2007. p. 3.

¹⁴³⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 308 e 309. BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livro Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 76.

superendividados, pois a revisão dos contratos por meio da imposição judicial, quando inexitosa a mediação conjunta, é a melhor solução para o enfrentamento deste fenômeno social, motivo pelo qual o assunto sempre terá relevância. É no dever de renegociar e na possibilidade de revisão dos contratos pelo juiz que se baseiam todas as leis de tratamento do endividamento excessivo no direito comparado. A diferença está no tratamento coletivo das dívidas e na decisão por ato jurídico único que recomendaria medidas para uma forma digna de adimplemento da obrigação, mas o fundamento para este cuidado continuará sendo a revisão por fato superveniente. Caso houvesse a possibilidade deste tratamento coletivo, buscar-se-ia não apenas o equilíbrio de determinado contrato, mas também a harmonia entre todo o conjunto de dívidas do superendividado.

A fim de solucionar este problema, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu pela possibilidade de litisconsórcio passivo em ação revisional proposta contra doze credores da autora superendividada, ainda que em contratos diversos. Tal decisão precursora se deu no Agravo de Instrumento 2009.002.30311, julgado pela 5ª Câmara do TJRJ, sob a relatoria da Des. Cristina Tereza Gaulia, em 03 de setembro de 2009.¹⁴³⁶

O agravo foi interposto, alegando que a pretensão contra todos os credores era a mesma, “qual seja, a limitação dos descontos de débitos em folha de pagamento, em 30% dos ganhos líquidos da autora”.

Ao recurso, foi dado provimento com base no art. 46, IV do CPC. E acrescenta a relatora:

¹⁴³⁶ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Quinta Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 2009.002.30311. Relator: Des. Tereza Cristina Gaulia. Julgamento em: 03 set. 2009. Ementa: Agravo de instrumento. Superendividamento. Acesso do consumidor superendividado à Justiça. Decisão agravada que determinou a emenda da inicial. Indeferimento da formação de litisconsórcio passivo, ao argumento de que as pretensões são isoladas, os contratos são distintos e foram firmados com pessoas jurídicas diversas. Autora-agravante que pretende a limitação de todos os descontos realizados em seu contracheque a 30% dos seus proventos líquidos. Empréstimos consignados. Lei processual civil que autoriza a cumulação subjetiva de ações nos casos em que haja afinidade de questões, por um ponto comum de fato ou de direito. Inteligência do inciso IV do art. 46 CPC. Litisconsórcio passivo facultativo. Admissibilidade. Prestígio ao princípio da economia processual e à efetividade. Inteligência da combinação dos incisos XXXV, XXXII e LXXVIII do art. 5º CF/88 com art. 4º I CDC e art. 37 CF/88. Pretensão autoral que somente pode ser atingida se todas as instituições financeiras credoras figurarem no pólo passivo. Doze litisconsortes. Matéria de direito, ausência de prejuízo à celeridade e ao direito de defesa das instituições financeiras réis. Limitação a dez litisconsortes por processo que é construção jurisprudencial, e pode ser modificada de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Recurso provido.

Casos como o presente, portanto, admitem a formação de litisconsórcio passivo facultativo, sendo certo que, além de prestigiar o princípio da economia processual, importante salientar que a reunião das ações, neste caso, é imprescindível para a efetividade da demanda, já que se a autora demandasse isoladamente cada um dos réus, jamais conseguiria obter a pretensão formulada no item “a” de fl. 16, qual seja, “a limitação da soma de todos descontos no seu contracheque em 30% dos rendimentos líquidos”.

Ressalte-se que a pretensão autoral não é juridicamente impossível, na forma do disposto no art. 6º, V CDC, que permite a intervenção do Estado-Juiz no contrato entre o consumidor e o fornecedor, para garantir a efetiva proteção àquele, nos moldes em que a lei propugna, quando aquele estiver submetido a “prestações desproporcionais” ou “excessivamente onerosas”.

Neste diapasão, cabe consignar que, apesar da ausência de lei que regulamente a revisão conjunta de contratos, José Reinaldo Lima Lopes defende a aplicação da revisão dos contratos por fato superveniente deste modo quando fala em aplicação do “art. 6º, V do CDC – revisão de cláusulas excessivamente onerosas - num ambiente de renegociação coletiva, obedecida a *par conditio creditorum*.”¹⁴³⁷ É neste sentido, também, que têm sido as já mencionadas práticas implementadas pelo judiciário e defensoria gaúchos.¹⁴³⁸

Ao final, ratifico a posição de Brunno Giancoli, quando ele afirma:

Assim, não sendo possível a composição da lide e nem o caso de nulidade incontornável, poderá o juiz, por força do poder revisionista que lhe é conferido, em defesa do direito do consumidor (art. 6º, V), prolatar sentença constitutiva para rever o eixo obrigacional do contrato, alterando a base normativa da avença, inclusive quando este eixo é deslocado em razão do superendividamento.¹⁴³⁹

E complementa mais adiante:

Como o superendividamento é um fato, ou melhor dizendo, um status jurídico, via de regra, ulterior à formação dos vínculos dos contratos de crédito, o qual, entre outras conseqüências, gera uma excessiva onerosidade das prestações obrigacionais, a aplicação do direito de revisão contratual estampado no art. 6º, V, 2ª parte do CDC impõe o cumprimento dos requisitos comuns a qualquer revisão por onerosidade excessiva superveniente.¹⁴⁴⁰

¹⁴³⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao Consumidor e Superendividamento – Uma problemática Geral. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 17, p. 57-64, 1996. p. 63.

¹⁴³⁸ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 76 e 77.

¹⁴³⁹ GIANCOLI, Brunno Pandori. **O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 74.

¹⁴⁴⁰ GIANCOLI, Brunno Pandori. **O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 155.

Assim, sendo a prestação duradoura ou periódica, havendo excessiva onerosidade decorrente de superendividamento posterior à contratação e não tendo o consumidor sido o causador da excessiva onerosidade de má-fé, é possível revisar um contrato com base no superendividamento do consumidor. O que se pode concluir, portanto, é que o consumidor superendividado pode buscar o Judiciário no intuito de renegociar suas dívidas fulcro artigo 6º, inciso V, do Código de defesa do Consumidor, no entanto, muito ainda deve ser discutido quanto à modalidade de superendividados que poderiam se valer deste meio para restabelecimento de sua situação financeira.

Maiores problemas terão os superendividados que firmarem contratos civis, isto é, dívidas decorrentes de relações não consideradas de consumo e, assim, não abarcados pela legislação consumeirista, pois, no art. 478 do CC, os requisitos são mais rígidos. Todavia, tal situação não impede a revisão, como se verá de maneira mais aprofundada a partir de agora, a corroborar a afirmação de Heloisa Mello, quando diz:

Finalmente, nas relações de consumo, haverá a possibilidade de revisão contratual, nos termos do art. 6º, V, do CDC; enquanto nas dívidas civis, o superendividado conta com a revisão por excessiva onerosidade, prevista no art. 478 do CC. Nas duas hipóteses, embora sejam diversos os pressupostos, o devedor pode obter a modificação de cláusulas contratuais de modo a restaurar o equilíbrio entre deveres e obrigações.¹⁴⁴¹

¹⁴⁴¹ MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Uma lei para os consumidores superendividados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 76-89, jan/mar. 2007. p. 82.

PARTE III – REVISÃO DOS CONTRATOS PELO SUPERENDIVIDADO

6 O SUPERENDIVIDAMENTO COMO MOTIVO ENSEJADOR DA REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS REGIDOS PELO CÓDIGO CIVIL

Muitos podem ser os motivos que servem de base para a o pedido de revisão dos contratos. Conforme já estudado, o CDC permite que este pedido revisional seja fundamentado no superendividamento de uma das partes. Passemos a analisar esta situação nos contratos que não estejam inseridos em uma relação jurídica de consumo.

Nesta etapa, o trabalho busca, por meio da fusão dos conhecimentos apresentados até o momento, refletir sobre a possibilidade de revisão de todos os contratos com base no superendividamento de uma das partes, e não apenas dos contratos de consumo, eis que superendividados também costumam inadimplir os contratos puramente civis a que se obrigaram. A questão é se a revisão por fato superveniente prevista no CC autoriza a revisão com base no endividamento excessivo de um dos pactuantes, ou se este só poderá revisar seus contratos de consumo, devendo cumprir os contratos entre não consumidores a qualquer custo.

6.1 Relação entre o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor

Haja vista que grande parte da doutrina e jurisprudência aborda o superendividamento como tema do direito do consumidor, e por isso, ele é pouco trabalhado no âmbito do direito civil, bem como considerando que tanto o CC quanto o CDC permitem a revisão dos contratos por fato superveniente, cabe distinguir os âmbitos de atuação destes dois ramos do direito e seus respectivos códigos.

6.1.1 Aplicação do CC e do CDC.

Ab initio, vale ressaltar a autonomia do direito do consumidor que, embora tenha surgido como ramo do direito civil, com este não se confunde. O mesmo ocorreu com o direito do trabalho, primeiro a migrar, transformando-se em lei especial. Posteriormente surgiram muitos outros microsistemas, como é o caso do direito consumeirista¹⁴⁴², que nasceu regulado pelo CDC em meio a uma grande defasagem do CC de 1916¹⁴⁴³, já superado diante das significativas mudanças sociais, políticas e econômicas do século no qual vigorou. Tudo isso abalou os ideais dos defensores da codificação, que sustentavam a hegemonia do Código Civil.

Já, o CC de 2002, sem tais pretensões hegemônicas, foi concebido como lei central (porque geral), orbitada pelas leis especiais¹⁴⁴⁴ - seguindo o que a jurisprudência, guiada por uma doutrina inovadora, já vinha fazendo ao substituir as bases principiológicas da lei civil revogada, fundada no individualismo e no voluntarismo. Consciente de que tais máximas não mais conseguiam regular as relações massificadas diante da concentração do poder econômico em grandes empresas, tratou-se de dar ao novo Código um tom mais social, compreendendo o contrato como uma cooperação e não mais como uma disputa, ciente de que, não sendo assim, esta contenda seria demasiadamente desigual.¹⁴⁴⁵ Esta ótica em muito foi influência do Código de Defesa do Consumidor.¹⁴⁴⁶

Ainda assim, não há como afastar que o Direito do Consumidor corresponde a um microsistema específico, com legislação e finalidades próprias, distinguindo-se do direito

¹⁴⁴² “Tais estatutos, dos quais o nosso Código do Consumidor seria o exemplo mais típico na experiência brasileira, regulariam inteiramente os diversos setores da economia. Não se limitam à especialização de certas matérias, mas muito mais profundamente, cuidam de inteiras áreas de atuação do direito, criando novos ramos, disciplinados por regras não só de direito civil, mas também de direito administrativo, direito penal, processual civil e processual penal.” TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual. Temas de Direito Civil*. 3. ed., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2004. p. 228.

¹⁴⁴³ FRADERA, Vera Maria Jacob de. **Superposição de contratos**. Palestra proferida na FGV de São Paulo, s/d. No Prelo. p. 1.

¹⁴⁴⁴ PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002. In PASQUALOTTO, Adalberto. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 145.

¹⁴⁴⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002. In PASQUALOTTO, Adalberto. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 131 a 133.

¹⁴⁴⁶ O Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior comenta este paradoxo da influência do microsistema no sistema maior em AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: pontos de convergência. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 48, out-dez. 2003. p. 56.

civil geral, assim como diversas outras disciplinas jurídicas o fizeram, trazendo uma nova classificação para estes recentes ramos do direito, como bem afirma Jean Calais-Auloy:

Longtemps, la nature des règles étudiées a été le seul critère de classification des disciplines juridiques : droit civil et commercial, droit pénal, droit judiciaire, droit administratif, droit fiscal. A cette classification, traditionnelle, les juristes superposent aujourd'hui une autre classification, fondée sur la fonction de la règle juridique. Le droit du travail a constitué sans doute le premier exemple de ces disciplines nouvelles; le droit économique, le droit de la concurrence, le droit de la distribution, le droit de l'environnement, le droit de la consommation relèvent de la même classification fonctionnelle. Cette classification est en quelque sorte perpendiculaire à la première: chaque discipline de la seconde catégorie recoupe les diverses disciplines de la première catégorie. C'est en ce sens que l'on peut parler de pluridisciplinarité.¹⁴⁴⁷

O filósofo Hegel já há muito profetizava a necessidade de uma regulação própria para este ramo: “236 – É sempre possível dar-se a oposição entre os diversos interesses dos produtores e dos consumidores; e, embora, no conjunto, as corretas relações por eles mesmos sejam estabelecidas, ainda poderá ser conveniente uma regulamentação intencional superior às duas partes.”¹⁴⁴⁸ O desafio está em reconhecer esta distinção, apontar qual ramo do direito deve disciplinar determinado caso concreto e, em consequência, indicar o diploma legal a ser utilizado.

Os princípios de maior relevância, compartilhados pelo CC e CDC, são a boa-fé, a confiança e o equilíbrio, mas é em face da diferença entre estes dois mundos, que cada um possui outros princípios próprios que norteiam os seus respectivos sistemas.¹⁴⁴⁹ Assim como o CDC baseia-se na vulnerabilidade do consumidor¹⁴⁵⁰, ante sua desigualdade perante o fornecedor, o direito privado pauta-se pela igualdade entre particulares, com distintos

¹⁴⁴⁷ Por muito tempo, a natureza das regras estudadas foi o único critério de classificação das disciplinas jurídicas: direito civil e comercial, direito penal, direito judiciário, direito administrativo, direito tributário. A esta classificação, tradicional, os juristas sobrepõe, hoje em dia, uma outra classificação, fundada sobre a função da regra jurídica. O direito do trabalho constituiu, sem dúvida, o primeiro exemplo dessas novas disciplinas; o direito econômico, o direito concorrencial, o direito do consumo, têm origem na mesma classificação funcional. Esta classificação de alguma forma perpendicular à primeira: cada disciplina da segunda categoria divide de novo as diversas disciplinas da primeira categoria. É neste sentido que podemos falar de pluridisciplinariedade. (tradução livre) CALAIS-AULOY, Jean. **Droit de la consommation**. - Paris: Dalloz, 1986. p. 21.

¹⁴⁴⁸ HEGEL, G. W. F. **Princípios da Filosofia do Direito**; Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 204.

¹⁴⁴⁹ MARQUES, Cláudia Lima et al. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 52.

¹⁴⁵⁰ Ruy Rosado de Aguiar Júnior fala ainda em “proporcionalidade, publicidade, igualdade, equivalência das prestações, informação, consentimento informado, defesa do hipossuficiente, etc.” AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: pontos de convergência. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 48, out-dez. 2003. p. 56.

“princípios definidores”.¹⁴⁵¹ Um deles é o da personalidade universal, quando o ordenamento jurídico privado, em art. 1º do CC, determina que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Diferentemente do que ocorre na “ordem internacional, onde nem todos podem ser sujeitos de direitos e deveres, diferentemente da ordem pública, onde nem todos podem ser sujeitos de iguais direitos, na ordem civil”¹⁴⁵² toda pessoa natural é sujeito de direitos. É importante lembrar que o incapaz, previsto no art. 3º, é, sim, sujeito de direitos, só não pode exercê-los pessoalmente, necessitando de representação ou assistência. Pode-se citar, ainda, a própria autonomia privada como princípio definidor do CC.¹⁴⁵³

Outra diferença entre o CC e CDC é o papel da solidariedade. Embora o princípio da solidariedade esteja se infiltrando em todos os ramos do direito privado, sendo previsto até mesmo na Carta Magna – art. 3º, I -, há que se reconhecer maior importância do solidarismo no direito do consumidor, pois, a princípio “a função do direito civil não é a distribuição de bens, mas sua comutação.”¹⁴⁵⁴ Em face disto, considerando que “há bens indivisíveis ou bens comuns, assim como há males indivisíveis ou males comuns”¹⁴⁵⁵, pode-se concluir que, no direito do consumidor, esta divisão de prejuízos se dará de modo mais frequente visando manter o equilíbrio do pacto, enquanto, no direito privado, haverá maior individualismo e as partes arcarão mais com os ganhos e as perdas decorrentes do contrato.

Portanto, “a presença de uma lei especial, o Código de Defesa do Consumidor, gravitando em torno desse eixo central, o Código Civil, poderá dar lugar, em certas circunstâncias, a um conflito de competências”¹⁴⁵⁶, tema que aqui se pretende tratar.

¹⁴⁵¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito civil e direito do consumidor – Princípios. In PASQUALOTTO, Adalberto. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 110.

¹⁴⁵² LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito civil e direito do consumidor – Princípios. In PASQUALOTTO, Adalberto. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 110 e 111.

¹⁴⁵³ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito civil e direito do consumidor – Princípios. In PASQUALOTTO, Adalberto. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 111.

¹⁴⁵⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito civil e direito do consumidor – Princípios. In PASQUALOTTO, Adalberto. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 127.

¹⁴⁵⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito civil e direito do consumidor – Princípios. In PASQUALOTTO, Adalberto. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 126.

¹⁴⁵⁶ FRADERA, Vera Maria Jacob de. **Superposição de contratos.** Palestra proferida na FGV de São Paulo, s/d. No Prelo. p. 4.

6.1.1.1 Não revogação do CDC pelo CC

Em primeiro lugar, é preciso dizer que o advento do CC de 2002 não revogou ou derogou o CDC. Influenciados pela doutrina alemã, notadamente de Erik Jayme, da Universidade de Heidelberg¹⁴⁵⁷, é assente hoje a admissão dos critérios de aplicação das leis que permitem uma complementariedade entre estas e não mais a simples exclusão de uma para a aplicação de outra, em situações concretas e em casos de antinomias. Trata-se do “diálogo das fontes”, conceito trazido para o direito brasileiro pela doutrinadora gaúcha Cláudia Lima Marques.¹⁴⁵⁸ Vive-se, pois, em uma era de pluralismo de fontes.¹⁴⁵⁹

De qualquer modo, ainda que pelos critérios tradicionais, resta claro que o CC não revogou ou derogou o CDC. Nos termos do § 2º do art 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC)¹⁴⁶⁰, lei nova com disposições gerais ou especiais, de regra, não revoga nem altera a lei anterior.¹⁴⁶¹

As hipóteses de cessação da vigência normativa são a caducidade, o desuso e o costume negativo, a revogação e a possibilidade da existência de antinomias aparentes e reais, resolvendo-se estas pelo critério hierárquico, cronológico ou da especialidade.¹⁴⁶² Este último, aliás, (*lex specialis derogat legi generali*) tem sido o critério solucionador do caso do conflito entre as normas do CC e do CDC. Ou seja, prevalece o CDC quando a relação jurídica estabelecida entre as partes for de consumo, haja vista sua especialidade, pois trata especificamente de matéria de consumo.

¹⁴⁵⁷ FRADERA, Vera Maria Jacob de. **Superposição de contratos**. Palestra proferida na FGV de São Paulo, s/d. No Prelo. p. 20.

¹⁴⁵⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate das cláusulas abusivas. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 71-99.

¹⁴⁵⁹ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O Conceito Jurídico de Consumidor. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Rio de Janeiro: Editora Padma. Ano 5, vol. 18, abr/jun 2004. p. 43 e 44.

¹⁴⁶⁰ FRADERA, Vera Maria Jacob de. **Superposição de contratos**. Palestra proferida na FGV de São Paulo, s/d. No Prelo. p. 25.

¹⁴⁶¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. - Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 282 e 283. MARQUES, Cláudia Lima et al. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 31.

¹⁴⁶² DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. – 10. ed. adaptada à Lei n. 10.406/2002 – São Paulo: Saraiva, 2004. p. 64 a 80.

Uma norma será especial quando possuir todos os elementos típicos da norma geral somados a outros denominados “especializantes”. Em estando o tipo geral contido no tipo especial, esta será a lei aplicável, afastando-se assim o *bis in idem*.¹⁴⁶³ Exemplo presente no texto legal é o artigo 593 do CC, que expressamente diz que o dispositivo aplica-se para serviços não sujeitos à lei especial. Da mesma forma, o art. 777, no que tange aos seguros, o art. 729, no que se refere corretagem, e o art. 629, quanto ao mandato.¹⁴⁶⁴ Isto ocorre porque os sujeitos que integram uma mesma categoria devem ser tratados da mesma forma entre si e de modo diverso daqueles que pertencem a outra categoria. Cuida-se, em verdade, de reflexo e concretização do princípio constitucional da isonomia ou igualdade material, tratando, a lei, igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.¹⁴⁶⁵

Frise-se, ainda, que, mesmo que a lei especial se sobreponha no caso concreto, esta não revoga a lei geral e vice-versa, exceto se assim dispuserem tácita ou expressamente. Nas lições de Maria Helena Diniz:

[...] lei nova geral revoga a geral anterior, se com ela conflitar. A norma geral não revoga a especial, nem a nova especial revoga a geral, podendo com ela coexistir (*‘lex posterior generalis non derogat speciali’, ‘legi speciali per generalem non abrogatur’*), exceto se disciplinar de modo diverso a matéria normada, ou se a revogar expressamente (*Lex specialis derogat legi generali*).¹⁴⁶⁶

A não presunção de revogação quando não há referência clara justifica-se pelo propósito diverso das leis geral e especial, pois uma pretende regular área restrita e especial, enquanto a outra visa área ampla e geral.¹⁴⁶⁷

O critério que rege o advento do CC de 2002, frente ao CDC, está expresso no livro da supramencionada autora quando diz: “Se a lei nova for geral, e a antiga, especial, ou vice-

¹⁴⁶³ DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. – 10. ed. adaptada à Lei n. 10.406/2002 – São Paulo: Saraiva, 2004. p. 75.

¹⁴⁶⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate das cláusulas abusivas. **Revista de direito do consumidor**, n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 84.

¹⁴⁶⁵ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O Conceito Jurídico de Consumidor. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Rio de Janeiro: Editora Padma. Ano 5, vol. 18, abr/jun 2004. p. 25. MARQUES, Cláudia Lima et al. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 38 e 39.

¹⁴⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. – 10. ed. adaptada à Lei n. 10.406/2002 – São Paulo: Saraiva, 2004. p. 76.

¹⁴⁶⁷ DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. – 10. ed. adaptada à Lei n. 10.406/2002 – São Paulo: Saraiva, 2004. p. 77.

versa, ambas poderão ter vigência, desde que uma não venha a colidir com a outra.”¹⁴⁶⁸ No entanto, dúvida que pode surgir diz com as antinomias de segundo grau, já que pelo critério cronológico o CC é que deveria prevalecer. Para tanto, existem metacritérios que definem que quando norma anterior-especial conflita com posterior-geral, prevalece a regra da especialidade (*lex posterior generalis non derogat priori specialis*). Contudo, esta regra não é absoluta, conforme o caso concreto poderá haver a supremacia ora de uma, ora de outra lei.¹⁴⁶⁹ Portanto, pode-se afirmar que a lei posterior somente revogará a anterior nos casos previstos no §1º do artigo 2º da LICC, que exige a declaração expressa de revogação – como ocorreu com o CC de 1916 e parte do Código Comercial desde a vigência do CC de 2002, face ao art. 2045¹⁴⁷⁰ -; a inteira regulação da matéria tratada pela lei anterior – como ocorreu na reforma do ano de 2000 do Código Civil alemão (BGB)¹⁴⁷¹, que passou a tratar do direito do consumidor¹⁴⁷² – ou, ainda, seja com ela incompatível.

No caso, o novo CC nem revogou expressamente o CDC, nem tratou das relações de consumo. No que toca à incompatibilidade, tanto subjetivamente (arts. 1º, 2º, 3º, 17 e 29 do CDC), como objetivamente (arts. 4º e 5º do mesmo diploma legal), o CDC é um microsistema especial, imbuído do caráter de ordem pública, e que objetiva regular relações entre “diferentes” (consumidor vulnerável e fornecedor *expert*), baseado na equidade (*aequitas*). O CC, por sua vez, possui um campo de aplicação voltado para toda relação privada que não

¹⁴⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. – 10. ed. adaptada à Lei n. 10.406/2002 – São Paulo: Saraiva, 2004. p. 78

¹⁴⁶⁹ DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. – 10. ed. adaptada à Lei n. 10.406/2002 – São Paulo: Saraiva, 2004. p. 79 e 80.

¹⁴⁷⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 4. ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.555. MARQUES, Cláudia Lima et al. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 35.

¹⁴⁷¹ CORDEIRO, António Menezes. **Da modernização do Direito Civil**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2004. p. 117-127.

¹⁴⁷² Note-se que nem quando tratou de assuntos que se relacionam com as relações de consumo, como função social do contrato (art. 421), boa-fé (art. 422) ou contratos de adesão (art. 424), o CC não falou em consumidor, evidenciando tratar-se de norma genérica direcionada para relações civis e comerciais. MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate das cláusulas abusivas. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 82 e 83. Só há menção no Código Civil à “consumo” em sentido de destruição (arts. 86, 307, 1.290 e 1.392), bens destinados a consumo (arts. 206 e 592), crimes contra as relações de consumo (art. 1.011, § 1º) e como sinônimo de “fregueses” (art. 1467, I), não havendo qualquer chance do CC de 2002 ter incorporado a disciplina do Direito do Consumidor, até porque constitucionalmente se prevê a necessidade do tema ser regulado por lei especial. MARQUES, Cláudia Lima et al. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 35 e Nota 54..

possua lei especial. Este é um código geral para “iguais” (*aequalitas*), não havendo possibilidade de colisão que justifique a incompatibilidade entre as normas.¹⁴⁷³

6.1.1.2 Diálogo das fontes

Voltando ao diálogo das fontes - do original *dialogue des sources*¹⁴⁷⁴, “di + a= dois ou mais; logos = lógica ou modo de pensar”¹⁴⁷⁵ -, visto que o tema merece abordagem mais profunda, mister salientar que se permite a aplicação de ambas as normas quando verificados os pressupostos de aplicação da lei especial. Esta tem um campo de incidência estático (material) e um dinâmico (subjetivo). Portanto, incide quando presentes o assunto e os sujeitos previstos na lei especial. No caso do CDC, deve ser um consumidor frente a um fornecedor estabelecendo uma relação de consumo; do contrário, aplica-se somente o CC.¹⁴⁷⁶

Disso se deduz que o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor convivem pacificamente sem que um interfira na esfera de incidência do outro, podendo inclusive ser aplicados conjuntamente naquilo em que não são conflitantes, atendidos os princípios de aplicação da norma legal. Segundo a doutrina atual¹⁴⁷⁷, se antes se falava em “conflitos de leis no tempo” a sugerir uma colisão quando da pluralidade de leis que se solucionava por meio da prevalência de uma lei (tese) e conseqüente exclusão (ab-rogação, derrogação, revogação) da

¹⁴⁷³ MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate das cláusulas abusivas. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 78 a 80 e 85. MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 82. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. - Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 282 e 283. MARQUES, Cláudia Lima et al. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 31.

¹⁴⁷⁴ A doutrinadora gaúcha Cláudia Lima Marques explica o termo e a tradução que fez da expressão de Erik Jayme - em MARQUES, Cláudia Lima et al. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 26 e 27.

¹⁴⁷⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V. et. al. **Manual de Direito do Consumidor**. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 87 a 88.

¹⁴⁷⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate das cláusulas abusivas. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 80.

¹⁴⁷⁷ MARQUES, Cláudia Lima et al. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 24 e 25.

outra (antítese)¹⁴⁷⁸, hoje já se procura uma harmonização entre estas normas por meio de uma “coerência derivada ou restaurada” (“*cohérence dérivée ou restaurée*”).¹⁴⁷⁹

Existem três formas de diálogo entre as fontes: 1) aplicação simultânea de duas leis (diálogo sistemático de coerência), notadamente se uma é geral e outra especial, servindo uma de base para a outra; 2) aplicação coordenada de duas leis (diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade, quando, por exemplo, o CC trazer normas mais favoráveis ao consumidor e assim poderá ser utilizado no caso concreto; e 3) o diálogo das influências recíprocas sistemáticas (diálogo de coordenação e adaptação sistemática), quando há uma influência do sistema especial no geral e vice-versa.¹⁴⁸⁰

Isto é, passa-se a considerar mais a superposição das normas em detrimento da transposição destas. Como bem afirma Vera Fradera:

Or, aujourd’hui, le mouvement n’est plus de transposition du contrat de consommation en droit commun des contrats, mais si, d’une situation de superposition des normes relatives aux contrats du Code Civil et celles di Code de Consommation, parce que le Code de la Consommation, d’où la superposition mentionnée.¹⁴⁸¹

Em determinados casos, pode o CC ser aplicado em uma relação de consumo, conforme preceitua o artigo 7º do CDC¹⁴⁸². Este permite a aplicação de outras leis que, segundo Cláudia Lima Marques, em suas obras, devem ser aquelas que mais favoreçam o consumidor, dada a teleologia do CDC e da Constituição Federal.

¹⁴⁷⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V. et. al. **Manual de Direito do Consumidor**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 88.

¹⁴⁷⁹ Expressão de SAUPHANOR, Nathalie. **L’influence du droit de la consommation sur le système juridique**. Paris : LGDJ, 2000. p. 23-32. p. 32 Apud MARQUES, Cláudia Lima et al. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 25.

¹⁴⁸⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate das cláusulas abusivas. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 75 a 77. MARQUES, Cláudia Lima et al. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 28 a 30. BENJAMIN, Antônio Herman V. et. al. **Manual de Direito do Consumidor**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 91.

¹⁴⁸¹ Ora, hoje em dia, o movimento não é mais de transposição do contrato de consumo no direito comum dos contratos, mas sim, de uma situação de superposição das normas relativas aos contratos do código civil e aquelas do código do consumo (tradução livre) FRADERA, Vera Maria Jacob de. **Les contrats du consommateur**. Palestra proferida nas Journées Colombiennes em Bogotá, Colômbia, 24 a 28 de setembro de 2007. No Prelo. p. 29.

¹⁴⁸² Ver comentários ao artigo de WATANABE, Kazuo et. al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. – 8 ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 157 a 162.

Neste diapasão, conclui-se que o CC de 2002 trouxe novos direitos ao consumidor.¹⁴⁸³ Percebe-se a proximidade destes diplomas na previsão da função social (art. 421) e da boa-fé (art. 422) nos contratos, estabelecida pelo CC de 2002¹⁴⁸⁴, ainda que alguns dispositivos possuam certa divergência: é o caso da lesão, prevista no art.157 do CC como defeito do negócio jurídico, enquanto o art. 6º, V, primeira parte e o 39, IV do CDC previram-no como direito básico e prática abusiva; ou a dissonância entre o art. 423 do CC, que exige que os contratos de adesão sejam ambíguos ou contraditórios para que sejam interpretados de forma mais favorável ao aderente, exigência que não existe no art. 47 do CDC; ou mesmo o artigo 478 e seguintes, que trazem como requisito a imprevisibilidade e a extrema vantagem para o outro contratante, para que se resolva o contrato desequilibrado por fato superveniente, enquanto o CDC não traz tais exigências no art. 6º, V, parte final; havendo também a responsabilidade civil que no CC mantém a regra da responsabilidade subjetiva no art. 927, ainda que preveja a forma objetiva no § único do mesmo artigo, enquanto o CDC prevê tanto no vício quanto no fato do produto ou serviço a responsabilidade objetiva em arts. 12 e 14, excepcionando-se somente os profissionais liberais (art. 14 § 4º). Diga-se ainda que o art. 931, que complementa os mencionados arts 12 e 14, pode ser aplicado supletivamente, tal qual o art. 156 do CC, que trata do estado de perigo.

De qualquer forma, tais diferenças demonstram, tanto que o CC foi influenciado pelo CDC, quanto se trata de mundos diferentes, cada qual direcionando suas normas para um grupo: um no intuito de proteger, facilitando a aplicação de institutos, e outro visando a igualdade entre as partes, restringindo esta aplicação. O que se pode afirmar é que os dispositivos que estabeleçam proteção inferior ao consumidor não serão aplicadas às relações de consumo, mas que os que o beneficiem podem incidir supletivamente ao caso concreto.¹⁴⁸⁵

Exemplo da aplicação supletiva do CC em casos que favoreçam o consumidor é o artigo 735, sobre responsabilidade civil do transportador aéreo. Caso um passageiro sofra dano por ação de terceiro, observando-se o CDC, o fornecedor se eximirá da responsabilidade

¹⁴⁸³ Cite-se os artigos 927 § único, 931, 480, 413, do CC/02. MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate das cláusulas abusivas. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 81 e 82.

¹⁴⁸⁴ MARQUES, Cláudia Lima et al. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 30.

¹⁴⁸⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002. In PASQUALOTTO, Adalberto. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**: convergências e assimetrias. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 148 a 151.

face ao artigo 14, § 3º, inciso III¹⁴⁸⁶. No entanto, seguindo a orientação do artigo 732 do CC¹⁴⁸⁷, deve-se aplicar o artigo 734 da mesma lei que determina o dever de indenizar ainda que o dano seja decorrente de fato de terceiro. Neste caso, a própria lei determina a aplicação da lei geral. Em muitos outros casos, ainda que a lei não o diga expressamente, se a regra geral favorece o consumidor, deverá se sobrepor à especial, conforme esta corrente que se baseia na ideia de proteção do consumidor, como expressa o artigo 47 do CDC.

Outro exemplo é o caso dos “surfistas” de trens. Em se tratando de culpa exclusiva do consumidor, a jurisprudência sempre desresponsabilizou as empresas de transporte de passageiros. Contudo, face à vigência do novo código, este fornecedor somente poderá reduzir a indenização “na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano”, como preceitua o artigo 738, § único do CC/2002. “Assim, não se pode dizer que sempre se aplica o Código de Defesa do Consumidor à relação de consumo, nem é de afirmar-se que o Código Civil revogou as disposições do Código do Consumidor.”¹⁴⁸⁸

Por outro lado, ainda que tecnicamente não sejam consumidoras, podem todas as pessoas pleitear a aplicação do CDC no que tange à proteção prevista nas práticas comerciais ilícitas, como, por exemplo, no art. 51 (cláusulas abusivas)¹⁴⁸⁹ ou do art. 37 (publicidade enganosa ou abusiva)¹⁴⁹⁰ ambos do CDC, por meio de uma extensão analógica destes artigos.¹⁴⁹¹ Pode também o CDC influenciar o CC no sentido de renová-lo, já que o texto do projeto deste data de mais de trinta anos. Corretamente o CC de 2002 fugiu ao sistema positivista francês e optou pelo sistema alemão das cláusulas gerais¹⁴⁹² permitindo que os juízes adaptem o Código ao retrato da sociedade no momento da decisão. E já é cediço que os juízes brasileiros possuem a capacidade de aplicar as cláusulas gerais com equidade e sem

¹⁴⁸⁶ WATANABE, Kazuo et. al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. – 8 ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 195.

¹⁴⁸⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate das cláusulas abusivas. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 84.

¹⁴⁸⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: pontos de convergência. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 48, out-dez. 2003. p. 58.

¹⁴⁸⁹ WATANABE, Kazuo et. al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. – 8 ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 556 a 611.

¹⁴⁹⁰ WATANABE, Kazuo et. al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. – 8 ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 325 a 358

¹⁴⁹¹ ZANELATTO, Marco Antônio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 189.

¹⁴⁹² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais. **Revista de Direito Renovar**, n. 18. Rio de Janeiro, Renovar. set-dez. 2000. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 123 a 138.

arbitrariedades ou exageros.¹⁴⁹³ O chamado *Richterrecht*, isto é, o direito dos juízes, possibilita a influência de outras normas e seus princípios ao Código Civil, permitindo, assim, a constante autoatualização deste diploma.

Concluindo: recorrer-se-á ao critério da especialidade somente quando Código Civil e Código de Defesa do Consumidor derem soluções diferentes para o mesmo caso. Como dito alhures, o Código Civil, lei geral, é aplicada sempre que não houver uma lei especial, pois quando houver, esta terá preferência. O mesmo ocorre com outras tantas leis especiais, tais como a Lei de Locações (Lei 8.245/91), a Lei dos Condomínios e Incorporações (Lei 4.591/64), etc. Portanto, face à aplicação residual da lei geral, o operador do direito saberá a aplicação do CC se souber a do CDC – lei especial -, por uma simples regra de exclusão.

Portanto, a principal diferença entre os casos em que há e em que não há a incidência do CDC é que o CC é um código voltado para a aplicação do direito e a solução do conflito entre partes litigantes iguais; já o CDC visa dizer o direito em casos onde haja uma disparidade entre os sujeitos da relação. “La distinction entre les deux espèces des contrats doit être faite par l’utilisation d’un des deux critères, signalés dans ce rapport, celui de la vulnérabilité (pour les contrats de consommation) ou de l’égalité entre les parties (pour contrats civils).”¹⁴⁹⁴ Protegendo o consumidor, o CDC retoma a igualdade entre as partes. A vulnerabilidade do consumidor é corrigida por meio de uma lei que aplique corretamente o princípio da isonomia, tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. Assim, o CDC somente se aplica às relações de consumo. Resta saber quando há uma relação assim definida.

6.1.2 Relação jurídica de consumo

¹⁴⁹³ MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate das cláusulas abusivas. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 98.

¹⁴⁹⁴ A distinção entre as duas espécies de contratos deve ser feita pela utilização de um dos dois critérios, assinalados neste relatório, aquele da vulnerabilidade (para os contratos de consumo) ou da igualdade entre as partes (para contratos civis). (tradução livre) FRADERA, Vera Maria Jacob de. **Les contrats du consommateur**. Palestra proferida nas Journées Colombiennes em Bogotá, Colômbia, 24 a 28 de setembro de 2007. No Prelo. p. 29.

A regulamentação das relações de consumo é matéria constitucional, prevista no art. 5º XXXII e 170, V da CF¹⁴⁹⁵, elevado ao status de direito fundamental pela Carta Magna brasileira¹⁴⁹⁶, com código próprio tratando do assunto, conforme ordena o art. 48 dos atos das disposições constitucionais transitórias e artigo 1º do CDC.¹⁴⁹⁷

A importância dada a este ramo do direito tem uma longa história. No século XVIII, o Estado Liberal surge em resposta ao Estado Absolutista, presumindo igualdade entre os homens. Por este motivo, exaltava a liberdade do indivíduo e o direito de propriedade. Era necessário que assim o fosse para que a burguesia difundisse o capitalismo. Contudo, a partir do século XIX, o Estado percebe a desigualdade em algumas relações e passa a intervir nelas visando a restabelecer o equilíbrio. Tal fenômeno deu-se notadamente na economia, onde o dirigismo estatal era fundamental para a manutenção da paz em sociedade. Atenta a desigualdade que passou a refletir a aplicação desmedida do liberalismo, a sociedade passou a reconhecer que um indivíduo à margem da sociedade não poderia valer-se da liberdade plena, vingando, assim, o modelo social democrata que defendia a previsão constitucional dos direitos econômicos e sociais. Associando-se a esta tendência mundial, o Brasil reservou um capítulo à ordem econômica e social na Constituição de 1934, bem como na de 1937. Hoje, a Constituição prevê, não apenas os direitos do consumidor, como outros tantos direitos sociais visando a garantia da dignidade da pessoa humana¹⁴⁹⁸ e a justiça social.

Assim, “identificar a relação jurídica de consumo é imprescindível para delimitação do campo de incidência das normas tutelares do Código de Defesa do Consumidor”¹⁴⁹⁹. Quando, afinal, há relação de consumo e conseqüentemente incidência do CDC para tratar desigualmente os desiguais?

¹⁴⁹⁵ LEONI, Guilherme Loria. Aspectos legais do contrato de adesão. **Revista jurídica da Universidade de Franca**. Franca: Universidade de Franca. V. 6, n. 11, 2003. p. 98.

¹⁴⁹⁶ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O direito do consumidor como direito fundamental: conseqüências jurídicas de um conceito. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: RT, julho-setembro/2002, p.111-132.

¹⁴⁹⁷ MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 64. CARVALHO, João Andrades. **Código de defesa do consumidor: comentários, doutrina, jurisprudência**. – Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2000. p. 13.

¹⁴⁹⁸ SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 70.

¹⁴⁹⁹ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O Conceito Jurídico de Consumidor. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Rio de Janeiro: Editora Padma. Ano 5, vol. 18, abr/jun 2004. p. 28.

Relação jurídica¹⁵⁰⁰ de consumo nada mais é do que:

[...] o vínculo que se estabelece entre um consumidor, destinatário final, e entes a ele equiparados, e um fornecedor profissional, decorrente de um ato de consumo ou como reflexo de um acidente de consumo, a qual sofre a incidência da norma jurídica específica, com o objetivo de harmonizar as interações naturalmente desiguais da sociedade moderna de massa.¹⁵⁰¹

Desmembrar essa relação ajuda a compreendê-la. A relação jurídica de consumo é composta de três elementos: o subjetivo, o objetivo e o finalístico ou teleológico.¹⁵⁰² Todos devem estar presentes para que se configure a relação jurídica de consumo. O primeiro diz com as partes figurantes na relação jurídica, denominados consumidor (subjetivo ativo) e fornecedor (subjetivo passivo). O elemento objetivo refere-se ao objeto desta relação jurídica, chamados de produto ou serviço. Por fim, o elemento finalístico é a exigência de que o consumidor, para ser assim caracterizado, deve ser o destinatário final do objeto da relação. Frise-se que tal relação pode ser efetiva, quando há relação direta entre os sujeitos, ou presumida, quando se dá com a coletividade, isto é, com a publicidade, a oferta, etc. A análise individual desses elementos é importante para o que aqui se pretende.

6.1.2.1 Conceitos de consumidor

Não faltam os que afirmam ser o consumidor o principal agente da vida econômica. É para ele e pensando nele que se produz. É a ele que se vendem produtos e serviços; é a ele que se busca seduzir com publicidade. É o consumidor, enfim, quem paga a conta da produção e é dele que vem o lucro do produtor.¹⁵⁰³

A figura do consumidor não está estabelecida definitivamente nem nos países que o fizeram em lei própria. O consumidor, como tal, ganhou notoriedade depois da admissão de um direito do consumidor, mas não se pode negar que antes disso, no direito tradicional, já havia consumidores, então chamados de compradores (na compra e venda), aderentes (nos

¹⁵⁰⁰ Para um maior aprofundamento do estudo do conceito de “Relação jurídica” e seu conteúdo, indica-se a leitura de: MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 1. p. 117 a 132.

¹⁵⁰¹ BONATTO, Cláudio. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**: principiologia, conceitos, contratos. – 3ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 63.

¹⁵⁰² BENJAMIN, Antônio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. **Revista dos Tribunais**, v. 628. São Paulo: RT, fev. 1988. p. 71.

¹⁵⁰³ BENJAMIN, Antônio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. **Revista dos Tribunais**, v. 628. São Paulo: RT, fev. 1988. p. 69.

contratos celebrados por adesão), destinatários (na publicidade e no marketing), passageiros (no contrato de transporte), segurados (no contrato de seguro), mutuários ou comodatários (nos contratos de mútuo e comodato), inquilinos (nos contratos de locação), etc.¹⁵⁰⁴ O que se vem tentando ao longo dos anos é estabelecer qual destes gozará da proteção contida em um código, justamente, de “defesa” dos consumidores. Diversos ramos da ciência se debruçaram sobre o tema, como o etimológico, o sociológico, o psicológico, o filosófico e o econômico.¹⁵⁰⁵ O último, embora se aproxime muito do jurídico, dele difere, na medida em que confunde destinatário final e intermediário, enquanto a ciência jurídica atenta somente para o primeiro.¹⁵⁰⁶ No que toca ao conceito etimológico, vale o registro de que “consumir” deriva do latim *consumere* que significa acabar, e não de *consummare*, que significa consumir.¹⁵⁰⁷

No direito, as primeiras definições legais e leis protetivas surgiram na Suécia (Lei de Vendas ao Consumidor de 1973, art. 1º, §1º e Lei de Crédito ao Consumidor de 1979), na Inglaterra (*Sale of Goods (Implied Terms) Act* de 1973 que introduziu o termo consumidor, embora não o definisse expressamente), na Noruega (Lei de Vendas ao Consumidor de 1974, art. 1º) e na Dinamarca (Lei de Contratos ao Consumo, Lei 139, de 29.03.1978, art. 1º).¹⁵⁰⁸

Thierry Bourgougnie traz quatro características fundamentais próprias da função de consumir o que facilita a conceituação de consumidor:

a) A função de consumir se materializa por um ato qualquer que destrua ou dê fim à vida econômica do bem; [...] b) [...] não pode ser encarada, a não ser em estreita relação de dependência com outras funções econômicas, e principalmente com a função de produção, [...] c) [...] se reveste de uma dimensão coletiva: ele é feito de uma massa de atos individualmente colocados e repetidos por uma massa de indivíduos. [...] d) [...] o consumidor não é um conceito único, mas difuso; a qualidade do consumidor pertence a todos e a cada um, que seja empregador, trabalhador, cidadão, produtor, distribuidor, profissional, rico, pobre, etc.¹⁵⁰⁹

¹⁵⁰⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. **Revista dos Tribunais**, v. 628. São Paulo: RT, fev. 1988. p. 70.

¹⁵⁰⁵ DE LUCCA, Newton. **Direito do Consumidor**. - São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 107 a 118.

¹⁵⁰⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. **Revista dos Tribunais**, v. 628. São Paulo: RT, fev. 1988. p. 71.

¹⁵⁰⁷ DE LUCCA, Newton. **Direito do Consumidor**. - São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 108.

¹⁵⁰⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. **Revista dos Tribunais**, v. 628. São Paulo: RT, fev. 1988. p. 74.

¹⁵⁰⁹ BORGOUGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. **Revista de direito do consumidor**, n.2. São Paulo: RT, 1992. p. 19 a 23.

6.1.2.1.1 O Consumidor *stricto sensu* - artigo 2º do CDC.

Prevê o CDC, em seu artigo 2º, o conceito *stricto sensu*, padrão, ou *standard* de consumidor¹⁵¹⁰, nos seguintes termos: “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Trata-se, portanto de “toda pessoa física ou jurídica”, não havendo diferenciação por sua renda ou capacidade financeira, como há no Direito Tributário.

A primeira dificuldade diz com a inclusão da Pessoa Jurídica, havendo debates sobre este enquadramento, já que boa parte da doutrina e legislação europeia optou por não incluí-la na categoria de consumidor¹⁵¹¹, bem como o objeto da relação não pode ser parte de sua atividade empresarial.¹⁵¹² Que “adquire”, isto é, que compra diretamente, ou que, ainda que não tenha adquirido, “utilize” o produto ou serviço, independentemente se em proveito próprio ou de outrem. E “como destinatário final”, ou seja, para uso privado, pessoal, familiar ou doméstico.¹⁵¹³ Exclui-se, portanto, o revendedor ou “atravessador”¹⁵¹⁴ parte do chamado consumo “intermediário”¹⁵¹⁵, aquele praticado por empresas para o processo produtivo, compreendendo os bens “indiretos”, isto é, aqueles que não satisfazem desejos ou necessidades diretamente, seja porque requerem transformação (matéria-prima), seja porque atuam como instrumentos (máquinas, combustíveis).¹⁵¹⁶ Quanto aos últimos, trata-se de uma zona gris, onde os juristas, no caso a caso, verificam a existência de um consumo intermediário ou de uma destinação final. Demonstrando o pensamento da doutrina francesa,

¹⁵¹⁰ BONATTO, Cláudio. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**: principiologia, conceitos, contratos. – 3ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.p.71 a 82. ZANELATTO, Marco Antônio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 172. ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. – 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 35 a 40. ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 40 a 42. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O Conceito Jurídico de Consumidor. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Rio de Janeiro: Editora Padma. Ano 5, vol. 18, abr/jun 2004. p. 29 a 33. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2 ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 217.

¹⁵¹¹ ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 38.

¹⁵¹² DE LUCCA, Newton. **Direito do Consumidor**. - São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 121.

¹⁵¹³ ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 37.

¹⁵¹⁴ “gíria comercial para consumidor intermediário” CARVALHO, João Andrades. **Código de defesa do consumidor**: comentários, doutrina, jurisprudência. – Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2000. p. 20.

¹⁵¹⁵ DE LUCCA, Newton. **Direito do Consumidor**. - São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 120.

¹⁵¹⁶ CARVALHO, João Andrades. **Código de defesa do consumidor**: comentários, doutrina, jurisprudência. – Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2000. p. 17.

Jean Calais-Auloy diz que um ato profissional, citando a revenda, não pode ser considerado um ato de consumo quando aduz:

L'acte de consommation s'oppose à l'acte que j'appellerai, pour simplifier, acte professionnel, et qui est accompli pour les besoins d'une entreprise, d'une exploration ou d'une profession. Acheter pour revendre n'est évidemment pas un acte de consommation. Mais il faut aller plus loin : acheter pour utiliser n'est pas un acte de consommation si l'utilisation est professionnelle.¹⁵¹⁷

Quanto ao tema, há outra objeção ao artigo do CDC já que não há qualquer impedimento no conceito quanto à utilização profissional, desde que seja o destinatário final, ao contrário de corrente que prega o uso não profissional¹⁵¹⁸, impedindo assim que, por exemplo, o advogado que compra seus livros para exercer a advocacia, seja classificado como consumidor.¹⁵¹⁹ Contrariando esta corrente europeia, Thierry Bourgoignie, embora belga francofônico, defende a possibilidade de profissionais consumidores, desde que não haja qualquer similitude entre o objeto da relação e sua atividade econômica habitual e, ainda, que se trate de empresa até certo porte, como uma micro ou pequena empresa.¹⁵²⁰

No que toca à origem, provavelmente o conceito da lei brasileira provenha da definição espanhola, prevista no art. 1º da L.G.D.C.U – Lei Geral Espanhola de Defesa dos Consumidores - de 1984.¹⁵²¹

6.1.2.1.1 Doutrinas

De qualquer modo, embora bem elaborado, tal conceito trazido pelo CDC tem se mostrado de difícil aplicação prática, tendo surgido duas correntes com hermenêuticas diferentes desta norma, como se verá a seguir.

¹⁵¹⁷ O ato de consumo se opõe ao ato que eu chamei, para simplificar, de ato profissional, e que é realizado para as necessidades de uma empresa, de uma exploração, ou de uma profissão. Comprar para revender não é, evidentemente, um ato de consumo. Mas, é preciso ir mais longe: comprar para utilizar não é um ato de consumo se a utilização é profissional. (tradução livre) CALAIS-AULOY, Jean. **Droit de la consommation**. - Paris: Dalloz, 1986. p. 2 e 3.

¹⁵¹⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2 ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 218.

¹⁵¹⁹ ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 39 e 40.

¹⁵²⁰ BORGOUNGNE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. **Revista de direito do consumidor**, n.2. São Paulo: RT, 1992.

¹⁵²¹ DE LUCCA, Newton. **Direito do Consumidor**. - São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 120.

6.1.2.1.1.1 Doutrina finalista

Os defensores desta corrente¹⁵²², também chamada de subjetiva, compreendem o consumidor como aquele que põe fim à cadeia de relações envolvendo o produto ou serviço. A ideia é a de que a “matéria pode ser comercial, mas se a finalidade é de consumo, a relação é de consumo.”¹⁵²³ Visão preponderante no STJ, os finalistas entendem ser o conceito de consumidor no CDC eminentemente econômico¹⁵²⁴ e dizem que este é, portanto, o destinatário final, aquele que retira de circulação o objeto da relação jurídica com o intuito de suprir uma necessidade ou desejo e não de obter lucro com outra atividade que envolva o mesmo bem. Estes são os vulneráveis que a lei deve proteger. A proteção daquele que adquire produto ou usa serviço com finalidade empresarial ou profissional não traduziria a intenção do legislador, pois o objeto fará parte de ciclo produtivo de outros bens e serviços, estes, sim, efetivamente repassados a um consumidor.¹⁵²⁵ O consumidor seria, portanto, somente o que o direito estrangeiro chama de *Endverbraucher*¹⁵²⁶, *Letztverbraucher* ou *ultimate consumer*.¹⁵²⁷

Na defesa desta teoria, diz-se que:

Efetivamente, se a todos considerarmos ‘consumidores’, a nenhum trataremos diferentemente, e o direito especial de proteção imposto pelo Código de Defesa do Consumidor passaria a ser um direito comum, que já não mais serve para reequilibrar o desequilibrado e proteger o não-igual.¹⁵²⁸

¹⁵²² Chamados de finalistas.

¹⁵²³ MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate das cláusulas abusivas. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 89 e 90.

¹⁵²⁴ PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002. In PASQUALOTTO, Adalberto. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 135.

¹⁵²⁵ ZANELATTO, Marco Antônio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 185. BENJAMIN, Antônio Herman V. et. al. **Manual de Direito do Consumidor**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 69.

¹⁵²⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. **Revista dos Tribunais**, v. 628. São Paulo: RT, fev. 1988. p. 71.

¹⁵²⁷ ZANELATTO, Marco Antônio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 186. DE LUCCA, Newton. **Direito do Consumidor**. - São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 121. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os direitos dos consumidores**. Livraria Almedina: Coimbra. 1982. p. 215.

¹⁵²⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais**. 4. ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 278.

Quanto à pessoa jurídica, esta poderá ser consumidora, se o bem ou serviço adquirido não possuir qualquer ligação com a atividade econômica desenvolvida. Assim, quando uma loja de roupas compra uma máquina para industrializar a matéria-prima (para costurar estampas nas roupas, por exemplo), não é consumidora, e, portanto não terá a proteção da legislação consumerista, no entanto, se contratar um electricista para ajustes na fiação do estabelecimento, será classificada como consumidora.

Argumenta-se que o CC de 2002 trouxe um livro novo dentro da parte geral para tratar do direito empresarial e conceitua empresário no art. 966, quando diz “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Tal conceito é harmônico com o conceito de fornecedor do art. 3º do CDC¹⁵²⁹ no sentido de ambos entenderem a produção e a circulação de bens como atividade própria do fornecedor empresário. Portanto, se quem produz, monta, cria, constrói, transforma, importa, exporta, distribui ou comercializa as matérias-primas é fornecedor, não pode ser consumidora a empresa que assim o faz com o bem que adquiriu.¹⁵³⁰

Inicialmente a doutrina finalista, influenciada pelos direitos belga e francês, era mais radical. Com o passar dos anos, o abrandamento desta posição resultou em uma tolerância nos casos de reconhecimento da vulnerabilidade de uma pequena empresa ou de um profissional que contrata serviço fora de sua especialidade.¹⁵³¹

Há quem considere que esta seria uma terceira corrente denominada de “finalismo aprofundado” que admite a aplicação do CDC sempre que uma das partes for visivelmente vulnerável. Frise-se que somente presumir-se-á vulnerável, de pronto, aquela pessoa jurídica sem fins lucrativos.

¹⁵²⁹ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

¹⁵³⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002. In PASQUALOTTO, Adalberto. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 146.

¹⁵³¹ ZANELATTO, Marco Antônio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 188 e 189. MARQUES, Cláudia Lima et al. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 72.

6.1.2.1.1.2 Doutrina maximalista

Esta doutrina adota conceito de consumidor semelhante ao da doutrina finalista no que diz com a noção de sujeito que adquire produto ou serviço na posição de destinatário final, diferenciando-se, no entanto, da primeira corrente por não exigir que este fim seja particular, ou seja, não importa se o objetivo é profissional e se o fim é o lucro. Para esta corrente, no exemplo anterior, a loja de vestuário seria consumidora na relação jurídica estabelecida com a fabricante da máquina. Portanto, não será consumidor somente aquele que adquire bem diretamente relacionado com a atividade profissional que exerce, isto é, quando a empresa de roupas compra casacos para revender. Situação em que se aplicaria o CC/2002, já que, de fato, não há vulnerabilidade técnica, jurídica, fática ou informacional. Entendendo que o CDC não considera o lucro da pessoa para defini-la como consumidora, já que a definição é objetiva¹⁵³², destinatário final não é aquele que não aperfeiçoa sua atividade profissional, mas quem é o destinatário fático daquele produto (trata-se do destinatário fático da máquina, mas não da roupa, tanto que a revende). Analisa-se, pois, somente se o sujeito da relação retirou o bem do mercado de consumo, não podendo, unicamente, tratar-se de material necessário ao desenvolvimento de sua atividade empresarial.

Argumenta esta corrente que consumidor, etimologicamente, provém do latim. O verbo da terceira conjugação *consumo, consumpsi, consumptum, consumere*, que, segundo João Andrades Carvalho, citando César em *De bello Galico*, significaria “tomar ou empregar inteiramente” e, ainda, citando Cícero em *Pro Roscio Amerino*, significaria “comer, gastar, devorar”. Portanto, conclui o autor, consumidor seria tanto o que emprega um bem quanto o que o gasta.¹⁵³³ Embora não tenha tomado conhecimento da discussão entre estas doutrinas, uma passagem da introdução do texto “Para a crítica da Economia Política” de Karl Marx parece corroborar esta posição quando o autor afirma que:

[Primeiro]: o indivíduo, que ao produzir desenvolve suas faculdades, também as gasta, as consome, no ato da produção, exatamente como a reprodução natural é um consumo de forças vitais. Segundo: produzir é consumir os meios de produção

¹⁵³² PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002. In PASQUALOTTO, Adalberto. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 135.

¹⁵³³ CARVALHO, João Andrades. **Código de defesa do consumidor: comentários, doutrina, jurisprudência**. – Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2000. p. 24.

utilizados, e gastos, parte dos quais (como na combustão, por exemplo) dissolve-se de novo nos elementos universais. Também se consome a matéria-prima, a qual não conserva sua figura e constituição naturais, esta ao contrário, é consumida. O próprio ato de produção é, pois, em todos os seus momentos, também ato de consumo. Mas isso os economistas reconhecem. A produção, enquanto é imediatamente idêntica ao consumo, o consumo, enquanto coincide imediatamente com a produção, chamam de *consumo produtivo*.¹⁵³⁴

É certo que a definição de consumo acima exposta mais se coaduna com a do Código Civil, na classificação dos bens, o que não afasta a pertinência da citação para corroborar a afirmação de João Andrades Carvalho. Portanto, esta corrente trata o Código de Defesa do Consumidor mais como um Código de Consumo que estabeleceria regras e princípios a todos os agentes de mercado.¹⁵³⁵ Tal entendimento estende o conceito de consumidor significativamente.

6.1.2.1.2 A vulnerabilidade do consumidor

É a “razão de ser do Estatuto Consumerista”¹⁵³⁶, a “espinha dorsal do movimento, sua inspiração central, base de toda a sua filosofia”¹⁵³⁷, sendo inclusive presumida de maneira absoluta, sem possibilidade de prova em contrário (presunção *iuris et de jure*).¹⁵³⁸ De fato, o que justifica a existência do CDC “é a desigualdade provocada pelo mercado, onde um fator estrutural de desequilíbrio exige proteção à parte fraca.”¹⁵³⁹

¹⁵³⁴ MARX, Karl. **Para a crítica da economia política; Salário, preço e lucro; O rendimento e suas fontes: a economia vulgar**. introdução de Jacob Gorender; traduções de Edgard Malagodi [et al.]. – São Paulo: Abril Cultural, 1982. p. 8.

¹⁵³⁵ MARQUES, Cláudia Lima et al. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 72. BENJAMIN, Antônio Herman V. et. al. **Manual de Direito do Consumidor**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 69.

¹⁵³⁶ ZANELATTO, Marco Antônio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 175.

¹⁵³⁷ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. – 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 22.

¹⁵³⁸ No que diz com o consumidor pessoa física, pois segundo Cláudia Lima Marques quanto a Pessoas Jurídicas e consumidores profissionais a vulnerabilidade é apurada no caso concreto. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 4. ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 276 e 277. Entretanto, há doutrina contrária: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O Conceito Jurídico de Consumidor. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Rio de Janeiro: Editora Padma. Ano 5, vol. 18, abr/jun 2004. p. 27.

¹⁵³⁹ PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002. In PASQUALOTTO, Adalberto. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 145.

Opta-se por destacar o tema em um item próprio e com uma abordagem um tanto mais aprofundada porque “Diante de tantas alternativas possíveis, inclinamo-nos pela adoção do critério da *vulnerabilidade*, para determinarmos quando uma prestação de serviços deve ser regulada pelo Código Civil ou pelo Código de Defesa do Consumidor.”¹⁵⁴⁰

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor já é mais que pacífico no mundo ocidental, tanto assim o é que a própria ONU já se manifestou neste sentido na Resolução n. 39/248, de 10 de abril de 1985, das Nações Unidas, firmado e adotado pela Assembléia Geral, na 39ª Seção.¹⁵⁴¹ A ideia de vulnerabilidade do consumidor visa a sua proteção diante da desigualdade evidente entre as partes nas relações de consumo.¹⁵⁴²

Humberto Theodoro Jr., comentando o direito francês e citando Jean Calais-Auloy, aduz que “Sendo naturalmente desiguais as forças dos contratantes, [...]” o direito do consumidor busca reequilibrar a relação.¹⁵⁴³ “O peso do poder econômico que, em uma relação jurídica comum, pode provocar desequilíbrio, foi neutralizado pelo legislador, [...]”.¹⁵⁴⁴ Epistemologicamente, “igualdade” provém do latim *aequalitas*, derivada de *aequalis*, cujo significado é “igual”. Decorridas modificações linguísticas da Idade Média, abandonou-se a sílaba “qua” tanto no idioma francês (de *égalité* para *égalité* e *égal*) quanto no português (de *igualdade* para *igualdade* e *igual*). Quanto à palavra *equidade*, esta é proveniente da expressão latina *aequitas*, que significava “igualdade de alma, equilíbrio, calma, derivada de *aequus* (igual-adjetivo). Portanto, conclui-se que aplicar o princípio da isonomia e tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais é agir com “equilíbrio e calma”.¹⁵⁴⁵

¹⁵⁴⁰ FRADERA, Vera Maria Jacob de. **Superposição de contratos**. Palestra proferida na FGV de São Paulo, s/d. No Prelo, p. 22.

¹⁵⁴¹ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. – 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 23.

¹⁵⁴² Tratando da notoriedade do desequilíbrio das relações jurídicas de consumo e da forma de proteção da parte mais fraca, Carlos Alberto Bittar bem enumera algumas práticas lesivas em BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor**: código de defesa do consumidor (Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990). – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 3.

¹⁵⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. - Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 284.

¹⁵⁴⁴ CARVALHO, João Andradas. **Código de defesa do consumidor**: comentários, doutrina, jurisprudência. – Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2000. p. 14.

¹⁵⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate das cláusulas abusivas. **Revista de direito do consumidor**, n. 45. São Paulo:

A igualdade foi o ideal básico para a Revolução Francesa e determinante para as diretrizes do Código Civil Francês de 1804. A modernidade e sua sociedade exigiam a igualdade entre nobres e plebeus e uma lei que os tratasse igualmente. Hoje, diante do que se vêm chamando de pós-modernidade¹⁵⁴⁶ – ainda que não se admita esta nomenclatura – e sua sociedade massificada, exige o tratamento desigual mediante a proteção dos mais fracos. Por meio da aplicação dos direitos fundamentais, protege-se não mais a igualdade pura, mas o direito à diferença. Esta tendência no ramo dos contratos é a denominada Justiça Contratual (*Vertragsgerechtigkeit*¹⁵⁴⁷, expressão criada por Raiser).¹⁵⁴⁸ “O *Leitmotiv* do direito destes tempos, a palavra-guia, são os direitos humanos (*Menschenrechte*).”¹⁵⁴⁹

Neste sentido afirma Cláudia Lima Marques:

Constata-se também que o direito à igualdade é um dos primados do direito moderno, mas são em sua maioria direitos ‘negativos’ de igualdade (*Abwehrrechte* - direitos de defesa, direitos a uma conduta negativa – *Rechte auf negative Handlungen*). Pós-moderno é o direito a ser (e continuar) diferente, como afirma Erik Jayme o *Droit à la difference* é o direito à igualdade material (e tópica) reconstruída por ações positivas (*Rechte auf positive Handlungen*) do Estado em pró do indivíduo.¹⁵⁵⁰

Não obstante, o consumidor é induzido pela “publicidade massiva à necessidade de acumulação de bens materiais e imateriais (o chamado ‘poder da necessidade’ e a ‘sedução das novas necessidades’”¹⁵⁵¹.

RT, jan/mar 2003. p. 86 e 87. MARQUES, Cláudia Lima et al. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 39.

¹⁵⁴⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista de direito do consumidor**, nº33. São Paulo: RT, jan/mar 2000. p. 123-129.

¹⁵⁴⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate das cláusulas abusivas. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 90.

¹⁵⁴⁸ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Superendividamento: propostas para um estudo empírico e perspectiva de regulação. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado**: Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 320.

¹⁵⁴⁹ MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 24.

¹⁵⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate das cláusulas abusivas. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 88 e 89.

¹⁵⁵¹ MARQUES, Cláudia Lima. Novos temas na teoria dos contratos: Confiança e o conjunto contratual. **Revista da AJURIS**: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. – Porto Alegre, n. 100, p. 73-97, dez. 2005. p. 90.

Esta posição agressiva dos fornecedores exige um tratamento diferenciado para aqueles que sofrem este bombardeio de marketing sem possuir conhecimento técnico, informação, poder de barganha, entre tantas outras debilidades que o tornam facilmente ludibriável. Hodiernamente, com o avanço das contratações eletrônicas, percebe-se um consumidor ainda mais vulnerável, pois atua como tal em um ambiente, cujo conhecimento técnico lhe é inferior frente ao fornecedor. Ademais, as táticas de marketing tornam-se cada vez mais ardilosas, por meio de *banners*, *hiperlinks*, *pop-ups*, *spams*, etc.¹⁵⁵²

Diga-se, ainda, que, na prática, ficam cada vez mais raras as relações puramente civis entre iguais.¹⁵⁵³ O mundo contemporâneo é naturalmente desigual face, justamente, à massificação das relações e dos comportamentos. Essa visão tem atingido a diversos ramos do direito, desde o direito do trabalho até, mais recentemente, na Alemanha, o pequeno investidor, por exemplo.

Conforme afirma o Professor da Universidade de Gießen, Horst Hammen¹⁵⁵⁴, há uma tendência no direito alemão em passar a proteger aquele investidor individual que, buscando aplicar parte de seus recursos financeiros em algo que lhe renda mais do que a poupança, acaba por lançar-se no mercado de capitais. Ocorre que, para que o grande investidor ganhe, é preciso que alguém perca, e, de regra, o chamado *home broker* - isto é, o pequeno investidor da bolsa, que adquire ações pelo seu computador de casa – está mais sujeito a perder, já que o risco para quem não conhece o mercado de ações é muito maior, assim como a sua vulnerabilidade. Provavelmente essa é uma visão que deve ser adotada pelo Brasil em alguns anos.

Voltando à proteção do consumidor face à sua vulnerabilidade, esta fica evidente no art. 47 do CDC¹⁵⁵⁵, que determina a interpretação judicial dos contratos sempre do modo que

¹⁵⁵² VIEIRA, Miguel Marques. Boa-fé objetiva na formação do contrato eletrônico. **Revista de direito de informática e telecomunicações – RDIT**. Belo Horizonte: Fórum, v.2, n.3, jul.2007, p. 117.

¹⁵⁵³ MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate das cláusulas abusivas. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 91.

¹⁵⁵⁴ HAMMEN, Horst. **Consumidores, investidores privados e não-profissionais**: cem anos de proteção dos mais fracos no Direito Alemão. Palestra internacional realizada em 29 de abril de 2008, 19 hs, no salão nobre da Faculdade de Direito/UFRGS. Organização Profa. Dra. Cláudia Lima Marques e Prof. Dr. Augusto Jaeger Júnior, em convênio com a Universidade de Gießen/Alemanha.

¹⁵⁵⁵ WATANABE, Kazuo et. al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. – 8 ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 544 a 546.

lhe for mais favorável.¹⁵⁵⁶ Isto se dá basicamente em função das diferenças no poder de barganha, de informação e de especialização dos conhecedores do produto (fornecedores) e dos leigos (consumidores).¹⁵⁵⁷ Mas é no art. 4, I do CDC¹⁵⁵⁸ que está a consagração deste princípio e sua projeção como diretriz da lei consumeirista.

No entanto, há que se ter muito cuidado com uma frequente confusão feita por muitos juristas. Não se pode tratar como sinônimo os termos “vulnerabilidade” - prevista no art. 4º, I como princípio máximo do microsistema consumeirista - e “hipossuficiência” - previsto no do 6º VIII¹⁵⁵⁹, e de natureza processual. A começar pelo fato de todo e qualquer consumidor ser considerado vulnerável e apenas aqueles reconhecidos pelo juiz como hipossuficientes, o são.

A vulnerabilidade justifica o tratamento desigual que é corolário do princípio da justiça substancial, previsto no art. 3º da Constituição Federal¹⁵⁶⁰, e é presumida de modo absoluto, não admitindo prova em contrário, independendo do grau econômico e informacional das partes. Esta vulnerabilidade se apresenta de diversos modos¹⁵⁶¹: a técnica, a jurídica e a fática, alguns autores citam ainda a informacional. A primeira diz com a falta de conhecimentos específicos do consumidor a respeito do bem que está adquirindo. A segunda, também chamada de científica, trata da falta de conhecimentos específicos de direito, economia, contabilidade, etc. Foi identificada pela Suprema Corte Alemã nos contratos que diziam respeito a empréstimos bancários e financiamentos, tendo esta Corte afirmado que os consumidores não teriam condições de compreender o conteúdo econômico do contrato nem

¹⁵⁵⁶ SANTOLIM, César Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 55, jul/set. 2005. p. 77.

¹⁵⁵⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Novos temas na teoria dos contratos: Confiança e o conjunto contratual. **Revista da AJURIS**: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. – Porto Alegre, n. 100, p. 73-97, dez. 2005. p. 82.

¹⁵⁵⁸ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. – 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 24.

¹⁵⁵⁹ WATANABE, Kazuo et. al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. – 8 ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 141 a 151.

¹⁵⁶⁰ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O Conceito Jurídico de Consumidor. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Rio de Janeiro: Editora Padma. Ano 5, vol. 18, abr/jun 2004. p. 26.

¹⁵⁶¹ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O Conceito Jurídico de Consumidor. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Rio de Janeiro: Editora Padma. Ano 5, vol. 18, abr/jun 2004. p. 27. MARQUES, Cláudia Lima et al. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.120 a 121. BENJAMIN, Antônio Herman V. et. al. **Manual de Direito do Consumidor**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 71 a 76. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 4. ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 270 a 274.

de acessar um especialista para obter este perfeito entendimento. A terceira, também denominada de socioeconômica, relaciona-se com a posição elevada em que o fornecedor se encontra frente ao consumidor. A última seria o déficit informacional que o consumidor possui diante do profissional.¹⁵⁶²

Já, a hipossuficiência, quando reconhecida, permite a inversão do ônus da prova, concretizando a vulnerabilidade. É uma forma de facilitar a defesa do consumidor em juízo.¹⁵⁶³ No entanto, caso indeferida a inversão, caberá ao consumidor provar o que alega nos autos, não deixando, contudo, de ser tido como vulnerável. Diz com a falta de “condições culturais, materiais, físico-psíquicas ou técnicas do consumidor, que dificultam sua atuação em juízo.” Atua como substituto da verossimilhança e retrata a fragilidade do consumidor quando da correta tutela jurisdicional.

A compreensão dos dois institutos como sinônimos permitiria afirmar que todo o consumidor tem o direito líquido e certo da inversão do ônus da prova, o que não é verdade. Face ao exposto acima, pode-se chegar à ilação de que todo consumidor é vulnerável, mas nem todo é hipossuficiente.¹⁵⁶⁴

Interessante frisar também que os princípios mencionados no art. 4º do CDC não se confundem com os direitos básicos, estes previstos no art. 6º do mesmo diploma.¹⁵⁶⁵ Os primeiros são um norte para todo o código, enquanto os segundos são os direitos principais, aqueles basilares, essenciais.

¹⁵⁶² BENJAMIN, Antônio Herman V. et. al. **Manual de Direito do Consumidor**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 75.

¹⁵⁶³ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito civil e direito do consumidor – Princípios. In PASQUALOTTO, Adalberto. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 103.

¹⁵⁶⁴ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O Conceito Jurídico de Consumidor. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Rio de Janeiro: Editora Padma. Ano 5, vol. 18, abr/jun 2004. p. 28.

¹⁵⁶⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito civil e direito do consumidor – Princípios. In PASQUALOTTO, Adalberto. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 99.

Portanto a vulnerabilidade, na condição de princípio, pode ser tida como um critério geral de hermenêutica, pois, mais que uma característica, é uma presunção, isto é, faz parte do próprio conceito de consumidor que é vulnerável por definição.¹⁵⁶⁶

6.1.2.1.3 Agentes equiparados a consumidores: art. 2, § único, art. 29 e art. 17 do CDC

Percebendo, o legislador, que a definição padrão de consumidor - inspirado na legislação espanhola - não seria suficiente para uma correta aplicação do CDC, alargou este conceito incluindo os consumidores por equiparação.¹⁵⁶⁷ Esta técnica cria situações em que, embora não se encaixe no conceito de consumidor *stricto sensu* (independentemente da corrente adotada), o agente é assim considerado haja vista a necessidade de sua proteção dada sua posição de vulnerabilidade, bem como o risco inerente à atividade que o fornecedor deve suportar.

Há uma superação do status de terceiro, e uma relativização da eficácia interpartes, na medida em que, embora não seja o destinatário final fático do produto ou serviço, aquele agente deve ser protegido¹⁵⁶⁸, em face da “posição preponderante (*Machtposition*)”¹⁵⁶⁹ do fornecedor. É o caso do § único do artigo 2º do CDC¹⁵⁷⁰, que determina que “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo na relação de consumo” é

¹⁵⁶⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito civil e direito do consumidor – Princípios. In PASQUALOTTO, Adalberto. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 100.

¹⁵⁶⁷ ZANELATTO, Marco Antônio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 173. PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002. In PASQUALOTTO, Adalberto. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 133 a 134. BENJAMIN, Antônio Herman V. et. al. **Manual de Direito do Consumidor**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 77. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2 ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 221.

¹⁵⁶⁸ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O Conceito Jurídico de Consumidor. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Rio de Janeiro: Editora Padma. Ano 5, vol. 18, abr/jun 2004. p. 34.

¹⁵⁶⁹ MARQUES, Cláudia Lima et al. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 74. KIRCHNER, Felipe. Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, n. 65, p. 63-113, jan./mar. 2008. p. 89.

¹⁵⁷⁰ WATANABE, Kazuo et. al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. – 8 ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 38 a 42.

equiparada a consumidor. Foge-se do modelo tradicional de direitos individuais para proteger os direitos metaindividuais, quais sejam: os difusos, coletivos e individuais homogêneos.¹⁵⁷¹

A proteção fica evidente nos casos em que a relação de consumo é presumida. Ao veicular publicidade enganosa ou abusiva, já está o fornecedor infringindo norma do CDC, não sendo necessário que um consumidor seja ludibriado por ela. Além disso, nestes casos, não há necessidade nem mesmo de que a coletividade sofra algum dano, basta o *eventum periculum*.¹⁵⁷²

No mesmo sentido é o artigo 29¹⁵⁷³ do mesmo código. A razão desta norma reside na tentativa de proteção do consumidor na fase pré-contratual, já que o artigo 2º faz presumir a existência de um contrato ao falar em aquisição de produtos ou serviços. É a proteção do consumidor contra o *marketing* abusivo, por exemplo¹⁵⁷⁴, ou qualquer outra prática prevista nos arts. 30 e seguintes, bem como a proteção contratual dos arts. 46 e seguintes.¹⁵⁷⁵ Este artigo busca uma proteção preventiva do consumidor.¹⁵⁷⁶ Apegam-se a este artigo os profissionais que adquirem produto ou serviço para utilização comercial, pois se não são destinatários finais, são, ao menos, equiparados a estes por haverem sofrido prejuízos graças a uma prática prevista nos Capítulos V e VI do Título I do CDC. O STJ já proferiu decisões acolhendo este argumento.¹⁵⁷⁷

Interessante mencionar a tese de Alinne Arquette Leite Novais, para quem o artigo 29 acaba por estender a aplicação das normas do CDC a todos os contratos de adesão. Portanto, todo aderente de contrato de adesão será equiparado a consumidor, pois a técnica de contratação geraria a vulnerabilidade do aderente. Tal tese é defensável, embora pareça um

¹⁵⁷¹ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O Conceito Jurídico de Consumidor. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Rio de Janeiro: Editora Padma. Ano 5, vol. 18, abr/jun 2004. p. 35.

¹⁵⁷² ZANELATTO, Marco Antônio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 173.

¹⁵⁷³ WATANABE, Kazuo et. al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. – 8 ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 252 a 256.

¹⁵⁷⁴ ZANELATTO, Marco Antônio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 176.

¹⁵⁷⁵ Práticas comerciais que se relacionem com oferta, publicidade, práticas abusivas, cobrança de dívidas, banco de dados, cadastro de consumidores, assim como cláusulas abusivas e contratos de adesão. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O Conceito Jurídico de Consumidor. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Rio de Janeiro: Editora Padma. Ano 5, vol. 18, abr/jun 2004. p. 38.

¹⁵⁷⁶ BONATTO, Cláudio. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**: principiologia, conceitos, contratos. – 3ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.83.

¹⁵⁷⁷ ZANELATTO, Marco Antônio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 175.

tanto exagerada, haja vista que presume vulnerabilidade pela simples pré-elaboração do contrato.¹⁵⁷⁸ Exemplificativamente, trazendo isto para o tema em estudo, permitir-se-ia a revisão dos contratos com base no art. 6º, V do CDC – que exige muito menos requisitos do que o art. 478 do CC – em contratos particulares de adesão.

Cláudia Lima Marques refuta esta hipótese afirmando que

[...] a simples contratação por adesão entre profissionais, nacional e internacionalmente, não pode ser suficiente para presumidamente transformar todo comércio em consumo apesar de eventuais semelhanças. [...] podemos aceitar, no máximo, [...] como um indício de vulnerabilidade, nunca uma presunção.¹⁵⁷⁹

Conforme previsão do artigo 17¹⁵⁸⁰, o CDC equipara a consumidor as vítimas de acidente de consumo para efeitos da Seção II do Capítulo IV do Título I do CDC. A responsabilidade civil objetiva, prevista neste Código, estende-se a terceiros que sofrerem dano decorrente do uso do produto ou serviço, mesmo que nunca tenham contratado a aquisição deste.¹⁵⁸¹ Vincula-se com a exigência de que fornecedores ofereçam apenas produtos e serviços seguros no mercado.¹⁵⁸² É inspirado na figura anglo-saxônica do *bystander*¹⁵⁸³, ou seja, pessoas que tiveram sua saúde ou segurança atingidas em decorrência de fato do produto. Protegem-se, assim, os interesses coletivos e difusos ao estimular a prevenção dos acidentes. Exemplo claro é aquele transeunte que vem a falecer em decorrência da queda de um avião sobre sua cabeça. Os passageiros do avião são consumidores, pois contrataram o serviço de transporte, mas aquele que foi atingido não tem qualquer relação com a companhia aérea e, no entanto, gozará das mesmas prerrogativas.

¹⁵⁷⁸ NOVAIS, Alinne Arquete Leite. **A teoria contratual e o código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, especialmente o terceiro capítulo (p. 97 a 160).

¹⁵⁷⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais**. 4. ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 277.

¹⁵⁸⁰ WATANABE, Kazuo et. al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. – 8 ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 198 a 199.

¹⁵⁸¹ ZANELATTO, Marco Antônio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 174.

¹⁵⁸² RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O Conceito Jurídico de Consumidor. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Rio de Janeiro: Editora Padma. Ano 5, vol. 18, abr/jun 2004. p. 37.

¹⁵⁸³ Bystander: “One who stands near; a chance looker-on; hence one who has no concern with the business being transacted. One present but not taking part, looker-on, spectator, beholder, observer” Ou seja, é “aquele que fica próximo; um espectador com chance, daí não ter uma preocupação com o negócio a ser transacionado. Um presente, mas que não participa, espectador, circunstante, observador, assistente.” (tradução livre). *Black’s law dictionary*, by Henry Campbell Black. 6th ed., by the publisher’s editorial staff; contributing authors, Joseph R Nolan et alii, United States, 1990. p. 201. apud ZANELATTO, Marco Antônio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 174, nota 7.

6.1.2.1.4 Conceito de consumidor no direito comparado

A definição de consumidor é um tema que há muito ocupa não apenas os juristas nacionais, mas também os estrangeiros.¹⁵⁸⁴

Na Espanha, a Lei Geral de Defesa dos Consumidores e Usuários prevê a definição de consumidor desde 1984, tendo esta, inclusive, servido de inspiração ao legislador brasileiro. Diz o artigo 1º, anexo 2 desta lei:

a los efectos de esta ley son consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes, productos, servicios, actividades o funciones cualesquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes la producen, facilitan, distribuyen o expenden.¹⁵⁸⁵

Também há um conceito negativo, no mesmo artigo, anexo 3, definindo aqueles que não serão consumidores.¹⁵⁸⁶

A Lei portuguesa 29/81, de 22.08.1981, traz a definição em artigo 2º com a seguinte redação: “Para os efeitos da presente lei, considera-se consumidor todo aquele a que sejam fornecidos bens ou serviços destinados ao uso privado por pessoa singular ou colectiva que exerça, com carácter profissional, uma actividade econômica”.¹⁵⁸⁷

¹⁵⁸⁴ Como nos itens anteriores deste trabalho em que se mencionou o direito comparado, também aqui a idéia não é utilizar o método comparativo em sua plenitude - eis que este não é um trabalho de direito comparado - mas sim apenas exemplificar apontando legislações estrangeiras.

¹⁵⁸⁵ ZANELATTO, Marco Antônio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 179, Nota 18. A tradução de Newton de Lucca diz: “Para os efeitos desta lei são consumidores e usuários as pessoas físicas ou jurídicas que adquirem, utilizam ou desfrutam como destinatários finais, bens, produtos, serviços, atividades ou funções, qualquer que seja a natureza pública ou privada, individual ou coletiva daqueles que produzem, facilitam, distribuem ou expedem.” DE LUCCA, Newton. **Direito do Consumidor**. - São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 120. Nota 296.

¹⁵⁸⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. **Revista dos Tribunais**, v. 628. São Paulo: RT, fev. 1988. p. 75.

¹⁵⁸⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. **Revista dos Tribunais**, v. 628. São Paulo: RT, fev. 1988. p. 75. ZANELATTO, Marco Antônio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 179, Nota 19. DE LUCCA, Newton. **Direito do Consumidor**. - São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 125.

O *Code de la consommation (Loi 93-949 du 26 juillet 1993)*¹⁵⁸⁸ na França, trouxe a definição que a jurisprudência já havia consolidado com base nos ensinamentos trazidos pela doutrina. Dispõe o Código de Consumo francês: “*Les consommateurs sont les personnes physiques ou morales de droit privé qui se procurent ou qui utilisent des biens ou des services pour un usage non professionnel.*”¹⁵⁸⁹

A legislação da Suécia, de 1973, traz no artigo 1º a definição de consumidor como “a pessoa privada que compra de um comerciante uma mercadoria principalmente destinada ao seu uso privativo e que é vendida no âmbito da atividade profissional do comerciante.”¹⁵⁹⁰

Na Alemanha, conforme já mencionado, houve grande alteração diante da reforma do BGB do ano 2000.¹⁵⁹¹ Incluiu-se na Parte Geral do Código Civil, a proteção dos consumidores. A figura do consumidor aparece no § 13 (*Verbraucher*)¹⁵⁹² e do fornecedor no § 14 (*Unternehmer*).¹⁵⁹³ O primeiro dispositivo diz, no original: “§ 13 *Verbraucher – Verbraucher ist jeder natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschliesst, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann*” cuja tradução é: “Consumidor é qualquer pessoa física que conclui um negócio jurídico, cuja finalidade não tem ligação comercial ou com sua atividade profissional.” A alteração incluiu ainda o § 241a sobre prestação de coisas requeridas, o § 361a, que traz um direito de arrependimento a todos os consumidores, e o § 361b, que cria um dever de informação qualificado ao fornecedor.¹⁵⁹⁴

O que se percebe nas legislações europeias, notadamente em todas as Diretivas daquele continente, é que a definição de consumidor é sempre a de pessoa física que não age

¹⁵⁸⁸ Antes do Code de la Consommation, a Lei 78-23, de 10.01.1978 já protegia os consumidores nos artigos 35, 36, 37 e 38. ZANELATTO, Marco Antônio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 178, Nota 16.

¹⁵⁸⁹ Os consumidores são as pessoas físicas ou jurídicas de direito privado que obtém para si ou que utiliza bens ou serviços para um uso não profissional. (tradução livre) DE LUCCA, Newton. **Direito do Consumidor**. - São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 125.

¹⁵⁹⁰ DE LUCCA, Newton. **Direito do Consumidor**. - São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 125.

¹⁵⁹¹ NORDMEIER, Carl Friedrich. O novo direito das obrigações no Código Civil alemão – A reforma de 2002 – In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 137 a 176.

¹⁵⁹² MARQUES, Cláudia Lima. Novos temas na teoria dos contratos: Confiança e o conjunto contratual. **Revista da AJURIS**: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. – Porto Alegre, n. 100, p. 73-97, dez. 2005. p. 80.

¹⁵⁹³ NORDMEIER, Carl Friedrich. O novo direito das obrigações no Código Civil alemão – A reforma de 2002 – In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.138.

¹⁵⁹⁴ ZANELATTO, Marco Antônio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 181 e Nota 25.

profissionalmente e que esteja frente a um profissional.¹⁵⁹⁵ Neste sentido também foi a lei italiana, de 06.02.1996, que recepcionou a Diretiva 93/13 do Conselho da Comunidade Europeia que trata das cláusulas abusivas nos contratos de consumo e introduziu no *Código Civile*, no Livro das Obrigações, Título segundo, e no Capítulo XIV – *bis*, chamado de “Proteção do consumidor”, conforme arts 1469-*bis* a 1469-*sexies*. Neste mesmo País, a Lei Geral sobre Direitos dos Consumidores e de suas Associações (*Legge sui diritti dei consumatori e delle loro associazione*), aprovada em 02.07.1998, traz a definição de consumidor (*consumatore*) e usuário (*utente*) no artigo 2, I, letra *a*, como pessoa física que “adquire ou utiliza bem ou serviço para fins não referentes à atividade empresarial e profissional eventualmente desenvolvida”¹⁵⁹⁶

Também a lei inglesa, ao contrário da brasileira, define consumidor como “pessoa física” (*natural person*) em artigo 2º do *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations*, editado em dezembro de 1994 e em vigor desde 01.07.1995, que incorporou Diretiva 13/93 do Conselho da CEE, datada de 05.04.1993, sobre cláusulas abusivas (*unfair terms*).¹⁵⁹⁷

No Quebec, a *Loi sur la protection du consommateur du Québec* de 22.12.1992 estabelece o conceito de consumidor no artigo 1º, “e”, com a seguinte redação no original: “*une personne physique, sauf un commerçant qui se procure un bien ou un service pour les fins*

¹⁵⁹⁵ Importante lembrar que embora difira nestes aspectos o CDC foi baseado em uma Diretiva europeia de número 374 de 27 de julho de 1985. Sobre o tema diz Vera Fradera: “En effet, la Directive n° 374 du 27 juillet de 1985 sur la responsabilité des produits défectueux, a exercé une importante influence sur le législateur brésilien dans le domaine de la responsabilité du fabricant et du prestataire des services, (...)” (Com efeito, a Diretiva n° 374 de 27 de julho de 1985, relativa à responsabilidade por produtos defeituosos, exerceu uma importante influência sobre o legislador brasileiro na área de responsabilidade do fabricante e do prestador de serviços, (...)) (tradução livre) e menciona ainda outra Diretiva que influenciou o CDC brasileiro: “La Directive du Conseil, 84/450/CE du 10 Septembre de 1984, relative à la publicité trompeuse et comparative est un autre exemple de l’apport du droit européen, à l’élaboration du droit de la consommation au Brésil” (A Diretiva do Conselho 84/450/CEE de 10 de setembro de 1984, relativa à publicidade enganosa e a publicidade comparativa é mais um exemplo do apoio do direito europeu, ao desenvolvimento do direito do consumidor no Brasil) (tradução livre) E acrescenta “Le législateur du Code de Défense du Consommateur s’est inspiré directement de la Directive 84/450/CE, du 10 Septembre de 1984. Les articles 36 et son § 37 et ses §§ et 38 le démontrent de façon Claire.” (O legislador do Código de Defesa do Consumidor foi inspirado diretamente pela Diretiva 84/450/CEE de 10 de Setembro de 1984. Os artigos 36 e § 37 e seus § §, bem como 38, demonstram isso claramente.) (tradução livre) FRADERA, Vera Maria Jacob de. **Les contrats du consommateur**. Palestra proferida nas Journées Colombiennes em Bogotá, Colômbia, 24 a 28 de setembro de 2007. No Prelo. p. 4.

¹⁵⁹⁶ ZANELATTO, Marco Antônio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 182.

¹⁵⁹⁷ ZANELATTO, Marco Antônio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 184, Nota 33.

de son commerce”, cuja tradução é: “uma pessoa física, salvo um comerciante que adquire um bem ou um serviço para os fins de seu negócio”.¹⁵⁹⁸

No âmbito do Direito Internacional, pode-se citar a proposta inicial brasileira de Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado, apresentada à Organização dos Estados Americanos (OEA). Prevê o artigo 1º, em quatro números, os conceitos de consumidor e seus equiparados. No número um deste primeiro artigo vem a previsão do consumidor *stricto sensu* nos seguintes termos: “Consumidor para os efeitos desta Convenção é qualquer pessoa física que, frente a um profissional e nas transações, contratos e situações abrangidas por esta Convenção, atue com fins que não pertençam ao âmbito de sua atividade profissional.” Como se percebe, este conceito segue a tendência europeia de exclusão dos profissionais.

No Mercosul, a definição consta do art. 5º do Protocolo de Defesa do Consumidor, de 29 de novembro de 1997, elaborado pelo Comitê Técnico nº 7, da Comissão de Comércio, celebrado em Montevideu, Uruguai.¹⁵⁹⁹ Tal conceito foi criticado asperamente pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon), em manifestação publicada na Revista Direito do Consumidor, onde afirma que “melhor seria não haver definição de relação de consumo”.¹⁶⁰⁰ O Brasil não assinou o referido Protocolo.

O México previu no art. 3º da lei de 1975 que será consumidor “quem contrata para sua utilização a aquisição, o uso ou desfrute de bens ou a prestação de um serviço.”¹⁶⁰¹

A Argentina, em sua Constituição de 1994, previu a proteção do consumidor, mas desde 22.09.1993 já possuía uma lei com esta finalidade, a Ley 24.240, que considera consumidor, em artigo 1º, as pessoas físicas ou jurídicas que contratam a título oneroso para seu consumo final, em benefício próprio ou de seu grupo familiar ou social.¹⁶⁰² Depois de sete anos de tramitação, o presidente aprovou a mencionada lei, vetando, no entanto, o acesso gratuito à justiça e à parte de responsabilidade civil. Em 1998, a Lei 24.999 incorporou as

¹⁵⁹⁸ ZANELATTO, Marco Antônio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 179, Nota 20.

¹⁵⁹⁹ DE LUCCA, Newton. **Direito do Consumidor**. - São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 98.

¹⁶⁰⁰ Revista **Direito do Consumidor**. editada pela Editora dos Tribunais, nº 23-24, p. 536 a 560 apud DE LUCCA, Newton. **Direito do Consumidor**. - São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 98. Nota 225 e 99.

¹⁶⁰¹ DE LUCCA, Newton. **Direito do Consumidor**. - São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 125.

¹⁶⁰² ZANELATTO, Marco Antônio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 179, Nota 21.

regras de responsabilidade civil que haviam sido vetadas, e, hoje, há um projeto de lei visando alterar algumas disposições da lei de proteção ao consumidor, pretendendo, inclusive, incorporar a gratuidade da justiça nestes casos. Em 2008, foram operadas algumas modificações graças à Lei 26.361. Quando traz o conceito de consumidor, esta nova legislação argentina, além de acrescentar o termo “gratuita”, quando fala da aquisição de bens e serviços, aproxima-se muito do conceito europeu ao excluir os profissionais de sua definição. Diz o art. 1º:

La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines. Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.

O curioso no direito argentino é que a definição não é apenas de consumidor, mas de consumidor e usuário, já que é feita a distinção, sendo o primeiro termo utilizado para produtos, e o segundo, para serviços.

O Paraguai possui a “ley 1.334/98 de defensa del consumidor y del usuario”. De acordo com este diploma, consumidor é toda pessoa que utilize ou desfrute como destinatário final de bens ou serviços de qualquer natureza.

No Uruguai, a definição encontra-se na lei 17.250 de 2000 e diz com toda pessoa que adquiere produtos ou serviços como destinatário final em uma relação de consumo ou em função dela.

Por fim, a Venezuela conta com a Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de número 37.930.

Pode-se afirmar que diante de tantos conceitos próximos, mas diferentes, as disputas conceituais resumem-se àqueles mencionados por Antônio Herman Benjamin, antes mesmo da promulgação do CDC:

a) quanto à natureza do sujeito protegido: pessoa natural ou jurídica; b) quanto à necessidade de vínculo contratual: só quando há contrato ou também nas relações jurídicas extracontratuais; c) Quanto à finalidade da aquisição do bem ou produto: para uso privado, pessoal, familiar, não profissional e comercial; d) quanto à qualidade do objeto da relação de consumo: apenas bens ou também serviços; e) quanto ao tipo de bens: só bens móveis ou também imóveis; f) quanto ao tipo de serviço: só serviços privados ou também serviços públicos.¹⁶⁰³

6.1.2.2 Conceito de fornecedor

Passemos ao conceito da outra figura da relação de consumo: o fornecedor.

6.1.2.2.1 O fornecedor *stricto sensu*

O artigo 3º do CDC¹⁶⁰⁴ conceitua fornecedor¹⁶⁰⁵ como aquele que atua na cadeia de produção, enumerando as atividades que o caracterizam. Importante esta definição para determinar quem deve ter os cuidados com o consumidor, pois o CDC “ao criar direitos para os consumidores, cria deveres, e amplos, para os fornecedores”.¹⁶⁰⁶

Menos polêmico, o conceito de fornecedor é o de quem desempenha atividade mercantil ou civil habitual, oferecendo produtos ou serviços.¹⁶⁰⁷ É fundamental que o sujeito exerça atividade econômica organizada¹⁶⁰⁸, isto é, inclua-se no conceito de empresário, e que haja a habitualidade. Portanto, se a loja de roupa do exemplo mencionado, quando tratamos

¹⁶⁰³ BENJAMIN, Antônio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. **Revista dos Tribunais**, v. 628. São Paulo: RT, fev. 1988. p. 71.

¹⁶⁰⁴ Repita-se aqui o art. 3º: Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

¹⁶⁰⁵ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. – 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 40 a 43. BENJAMIN, Antônio Herman V. et. al. **Manual de Direito do Consumidor**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 79 a 82.

¹⁶⁰⁶ MARQUES, Cláudia Lima et al. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 93

¹⁶⁰⁷ BONATTO, Cláudio. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**: principiologia, conceitos, contratos. – 3ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 87 a 92.

¹⁶⁰⁸ Importante que se faça a distinção entre “ato” e “atividade”, pois o primeiro é uma ação isolada, isto é, episódica, ocasional, eventual, enquanto a segunda é sucessiva e organizada DE LUCCA, Newton. **Direito do Consumidor**. - São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 133 e 135.

do conceito de consumidor, decide vender a máquina antes adquirida, não será tida como fornecedora, pois não faz parte da sua atividade a venda de máquinas de tecelagem. Incidiria neste caso o CC/2002.

As sociedades civis sem fins lucrativos podem ser consideradas fornecedoras, segundo a maioria da doutrina, pois, embora não visem ao lucro, dado o caráter filantrópico, prestam serviços com habitualidade e de forma organizada, como ocorre com os serviços hospitalares, de assistência jurídica, etc. Também os entes despersonalizados podem ser caracterizados como fornecedores. A falta de regularização, no caso das sociedades de fato, a falência, no caso da massa falida e o falecimento do fornecedor, no caso do espólio de comerciante individual, não podem afastar a norma protetiva em prejuízo do consumidor.

Quanto ao Poder Público, este será fornecedor sempre que atuar no mercado de consumo, quer seja a administração, propriamente, quer seja por meio das concessionárias de serviços públicos. Neste sentido é o art. 22 do CDC.¹⁶⁰⁹ Desta forma, o fornecimento de água, luz, telefone, entre outros, são serviços objeto de uma relação regulada pelo CDC.

Não se confunda a contraprestação paga por serviço público individualmente prestado, com tributo. Este último - definido no artigo 3º do Código Tributário Nacional - é prestação pecuniária de natureza compulsória, não se aplicando, neste caso, as disposições referentes ao direito do consumidor, ao contrário do que ocorre com as atividades em que há pagamento sob forma de tarifas ou preços públicos.

Portanto, fornecedor “tanto poderá ser o criador, como o simples distribuidor do bem, ou do serviço. Tanto poderá ser o comerciante no varejo como no atacado. Tanto poderá ser o Estado como o indivíduo. Tanto poderá ser pessoa física como jurídica.”¹⁶¹⁰

6.1.2.2.2 O fornecedor “equiparado”

¹⁶⁰⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2 ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 135 a 137.

¹⁶¹⁰ CARVALHO, João Andradas. **Código de defesa do consumidor**: comentários, doutrina, jurisprudência. – Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2000. p. 27.

Haja vista o CDC tratar como fornecedor todos os participantes da cadeia de fornecimento de produtos e serviços e prever solidariedade entre eles, no § único do art. 7º¹⁶¹¹, a doutrina recente de Leonardo Bessa¹⁶¹² criou a figura do fornecedor “equiparado”.¹⁶¹³ Seria aquele que não fornece propriamente o produto ou serviço consumido, mas participa da relação jurídica de consumo como terceiro intermediário ou ajudante da relação de consumo principal.¹⁶¹⁴ Pode-se citar como exemplo os bancos de dados de restrição ao crédito, que não têm qualquer vinculação com a aquisição principal, mas que participam de relação conexa, exercendo poder semelhante ao do fornecedor.¹⁶¹⁵ Outro caso concreto que se pode mencionar são os estacionamentos terceirizados. Muitos estabelecimentos – universidades, por exemplo – cedem o espaço de estacionamento para a administração de empresa especializada. Embora esta empresa deva arcar com os riscos da atividade, segundo esta teoria poder-se-ia afirmar que as instituições de ensino, no exemplo proposto, fossem ao menos subsidiariamente responsáveis pelos danos que, por ventura, venha a sofrer o consumidor do estacionamento e não serem excluídas da lide por ilegitimidade passiva, como vem ocorrendo nos tribunais brasileiros.

6.1.2.3 *Objetos da relação de consumo: conceito de produto e serviço*

São objetos da relação jurídica de consumo o produto e o serviço.

¹⁶¹¹ Art. 7º (...) § único “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.” Observe-se que as exceções também estão previstas no CDC como no caso da responsabilidade subsidiária dos comerciantes no caso de defeito do produto, conforme previsão do artigo 13, o que não ocorre nos artigos 14, caput, 18 e 20, todos do mesmo diploma legal. BENJAMIN, Antônio Herman V. et. al. **Manual de Direito do Consumidor**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 82. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais**. 4. ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 334 a 349.

¹⁶¹² BESSA, Leonardo Roscoe. Fornecedor equiparado. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, v.16, n.61, p. 126-141, jan. -mar./2007. p. 127 e ss.

¹⁶¹³ BENJAMIN, Antônio Herman V. et. al. **Manual de Direito do Consumidor**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 82 a 84.

¹⁶¹⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V. et. al. **Manual de Direito do Consumidor**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 84

¹⁶¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais**. 4. ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 349 a 358.

Produto, conforme preceitua o § 1º do artigo 3º¹⁶¹⁶, nada mais é do que “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.” Assim, com esta “abrangência sem limites”¹⁶¹⁷, todo bem com valor econômico que vise a satisfazer uma necessidade ou desejo do consumidor adquirente é um produto. Não difere do conceito de móveis dos arts. 43 e 44 do CC, incluindo-se aqui os semoventes. Imateriais são os que não podem ser tocados, apreendidos, etc, o que não impede que sejam avaliados economicamente.¹⁶¹⁸

A origem do termo – Produto - é latina e deriva do verbo *produco, produxi, productum, producere*, que se traduz em “levar para a frente, fazer avançar, conduzir”, mas que era utilizado em sentido figurado por Cícero em *Cato Maior*, 46 como “prolongar, estender”, ou seja, o produto é a continuação de seu criador. Posteriormente os estóicos adotaram um conceito de bens exteriores muito próximo a este com o vocábulo *producta, productorum*.¹⁶¹⁹

Quanto à redação do mencionado § 1º, mais correto parece ser a supressão das expressões “móvel ou imóvel”, já que esta divisão se dá apenas quanto aos bens materiais, e, portanto, ao se afirmar que se incluem os bens materiais se está, conseqüentemente, incluindo os móveis e imóveis; já que os imateriais não se subdividem desta forma.¹⁶²⁰ Outra solução seria uma reelaboração da frase de modo a indicar isto, algo como: “qualquer bem material, quer seja móvel, imóvel, ou imaterial.”

O serviço, por sua vez, está definido no § 2º do artigo 3º¹⁶²¹ como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

¹⁶¹⁶ WATANABE, Kazuo et. al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. – 8 ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 46 a 48. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2 ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 130.

¹⁶¹⁷ CARVALHO, João Andrades. **Código de defesa do consumidor**: comentários, doutrina, jurisprudência. – Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2000. p. 30.

¹⁶¹⁸ BONATTO, Cláudio. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**: principiologia, conceitos, contratos. – 3ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 95

¹⁶¹⁹ CARVALHO, João Andrades. **Código de defesa do consumidor**: comentários, doutrina, jurisprudência. – Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2000. p. 31.

¹⁶²⁰ CARVALHO, João Andrades. **Código de defesa do consumidor**: comentários, doutrina, jurisprudência. – Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2000. p. 32.

¹⁶²¹ WATANABE, Kazuo et. al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. – 8 ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 48 a 57.

Quanto à redação deste parágrafo, cabe mencionar um erro ortográfico. Não querendo repetir o substantivo “atividade” valeu-se, o legislador, do demonstrativo “as” como pronome substantivo. Contudo o primeiro encontra-se no singular – assim como a frase até o primeiro “as” - enquanto o segundo – bem como o restante da frase - está no plural. E não cabe argumentar que a expressão “qualquer atividade” representaria um plural, pois se composta de termos variáveis, ambos devem ser empregados no plural¹⁶²², e, ainda que assim não fosse, não há como afirmar que os termos “serviço”, “é” e “fornecida” estão no plural.

Quanto à exclusão das relações de trabalho, corretamente se deram por tratar-se de relação jurídica com tratamento especial, com características e mesmo uma Justiça própria.¹⁶²³

No que concerne à aplicação do CDC às instituições financeiras¹⁶²⁴, vale mencionar a Súmula 297 do STJ que pôs fim a uma discussão acirrada.¹⁶²⁵ Defendiam os bancos que haveria uma lei específica aplicável a estes – Lei 4.595/64 – o que impediria a aplicação do CDC, no caso regra geral. No entanto, não vingou a tese dos bancos, vindo a ser editada a referida súmula que diz: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.” Em Ação Direta de Inconstitucionalidade, de número 2.591-1, promovida pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro, defenderam, ainda, que o artigo 192 da CF exigiria lei complementar, não podendo o CDC, lei ordinária, regular as relações de consumo do sistema financeiro. Julgada improcedente a ADIn pelo STF, não resta mais dúvida de que o CDC é aplicável às instituições financeiras. Evidentemente, visando contornar a lei, os bancos tentaram desvincular-se da atividade comercial. No entanto, se mesmo ao Estado, que abstratamente estaria desvinculado da atividade comercial, aplica-se o CDC, descabido retirar os direitos do consumidor daqueles que se relacionam com bancos, instituições financeiras e estabelecimentos de crédito. Afinal, os juros nada mais são que remuneração do capital: “os bancos não vendem, mas alugam dinheiro”¹⁶²⁶ e os serviços prestados por estes, tais como

¹⁶²² CARVALHO, João Andrades. **Código de defesa do consumidor**: comentários, doutrina, jurisprudência. – Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2000. p. 33.

¹⁶²³ CARVALHO, João Andrades. **Código de defesa do consumidor**: comentários, doutrina, jurisprudência. – Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2000. p. 36.

¹⁶²⁴ BONATTO, Cláudio. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**: principiologia, conceitos, contratos. – 3ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 97 a 99.

¹⁶²⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2 ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 134.

¹⁶²⁶ CARVALHO, João Andrades. **Código de defesa do consumidor**: comentários, doutrina, jurisprudência. – Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2000. p. 28.

débitos em conta corrente, recebimentos em depósitos, emissão de extratos, aplicação em fundos de investimentos, etc, são os serviços definidos no CDC, notadamente porque remunerados por taxas, embora se possa dizer que ainda seriam tidos por serviços se não fossem remunerados diretamente.¹⁶²⁷

O mesmo se deu com as entidades de previdência privada que defendiam que a Lei Complementar 108/01 deveria ser a única a regular a matéria. A discussão teve o mesmo fim: a edição de uma súmula, de número 321 do STJ, que diz: “Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre entidade de previdência privada e seus participantes”.

Por derradeiro, destaca-se um ponto interessante que diz com a expressão “mediante remuneração” (criada pela *Law and Economics*)¹⁶²⁸, que deve ser compreendida de maneira ampla¹⁶²⁹, isto é, ainda que sejam oferecidos produtos ou serviços gratuitos, se estes tem por escopo a atração de consumidores, há uma contraprestação (sinalagma escondido).¹⁶³⁰ Exemplo clássico é o estacionamento gratuito em Shoppings e Supermercados, de instalação gratuita na compra de um determinado bem, de brindes que acompanham o produto, de amostras grátis, entre outros. Opção contrária fez a lei paraguaia e a uruguaia que somente protegem as relações estabelecidas a título oneroso.

Neste contexto, pode-se concluir que sempre que houver um consumidor, (tanto destinatário final quanto entes equiparados), diante de um fornecedor, estabelecendo-se uma relação entre eles por um ato ou acidente de consumo, aplicar-se-á o CDC; nas demais situações (aplicação residual), aplica-se o CC. Deste modo, CC e CDC são leis que convivem no ordenamento jurídico brasileiro, cada qual regulando suas relações, podendo, inclusive, serem aplicados de maneira conjunta quando possível. Embora pareça simples, o maior empecilho está na definição dos conceitos subjetivos. Assim, a mesma situação pode ser considerada relação de consumo, e, portanto, aplicável o CDC por uma corrente doutrinária e não o ser, devendo-se aplicar o CC, para outra. Dependerá da interpretação do jurista hermeneuta e a posição teórica por ele adotada.

¹⁶²⁷ CARVALHO, João Andrades. **Código de defesa do consumidor**: comentários, doutrina, jurisprudência. – Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2000. p. 34.

¹⁶²⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V. et. al. **Manual de Direito do Consumidor**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 83.

¹⁶²⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2 ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 133.

¹⁶³⁰ MARQUES, Cláudia Lima et al. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 94.

6.2 Revisão dos contratos pelo superendividado sob o prisma dos direitos fundamentais nas relações privadas e da constitucionalização do direito civil

Antes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales” (Krüger)

Compreendido como funciona a revisão e a resolução dos contratos no direito civil brasileiro, o que é o superendividamento e quando estaremos diante de uma relação puramente privada, isto é, não abrangida pelo Direito do Consumidor, passemos a analisar o fenômeno do endividamento excessivo como motivo para a revisão dos contratos firmados entre particulares iguais. Este exame é novo na doutrina pátria, pois não é realizado pelas obras que tratam destes assuntos. Os trabalhos que estudam a revisão contratual não levam em conta o superendividamento como motivo para a revisão, sequer mencionando este fenômeno¹⁶³¹, enquanto as obras que tratam do superendividamento, frequentemente restringem o estudo ao direito do consumidor, como é feito em muitos países – a França, por exemplo, chega a regulamentar o endividamento excessivo no *Code de la Consommation* – abordando a revisão contratual com base neste instituto somente no âmbito dos contratos de consumo, cuja previsão, diversa, já foi aqui abordada. Ocorre que, embora cada vez mais os contratos se enquadrem nas relações de consumo e menos se pactuem acordos puramente privados, o fato é que os indivíduos superendividados também firmam contratos com particulares, ou seja, regulados no âmbito do Código Civil. A questão a ser avaliada é a seguinte: se este mesmo superendividado pode, segundo a doutrina majoritária, revisar contratos em que figure como consumidor, poderá ele também revisar os contratos que não se enquadram em uma relação jurídica de consumo?

Somente a partir de análise baseada nos direitos fundamentais¹⁶³² e na constitucionalização do direito privado é que se faz possível admitir esta hipótese, já que o Direito Civil e, portanto, a revisão contratual prevista no CC brasileiro, se lida literalmente, não comporta tal revisão, o que se depreende de seus requisitos. Isto porque a aplicação dos

¹⁶³¹ Com excessão de algumas raras doutrinas estrangeiras: GRYNBAUM, Luc. **Le contrat contingent**. L’adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur. Paris: LGDJ, 2004. (Bibliothèque de droit privé. Tome 389) p. 147-154, 184-191, 199-204, 228-249.

¹⁶³² Aqui será utilizada a nomenclatura Direitos Fundamentais referindo-se também aos Direitos Humanos como um todo, pois, embora aqueles sejam estes positivados, o segundo termo é mais utilizado pela doutrina ligada ao direito internacional, enquanto os estudos de direito privado têm optado pela expressão “Direitos Fundamentais” quando abordam este assunto.

direitos fundamentais não precisa ser direta, ela pode se dar por meio da hermenêutica que envolve a aplicação de outras normas infraconstitucionais. Assim, mesmo na aplicação das leis civis, é possível concretizar os direitos fundamentais por meio do sentido que se dá a estas regras. Assim afirma Canaris:

De qualquer modo, mesmo onde os direitos fundamentais não sejam aplicáveis na sua específica dimensão jurídico-constitucional, e onde não esteja em causa uma violação das proibições de excesso ou de insuficiência, podem ser relevantes para a interpretação do direito privado, e, em especial, para a concretização das suas cláusulas gerais. Pois neste caso os direitos fundamentais sempre podem produzir efeitos como princípios gerais de direito com nível *infra-constitucional* – tal como também outros princípios gerais de direito (e com a consequência de que a sua falta de consideração não poderá, então, de forma alguma, ser impugnada com sucesso mediante uma queixa constitucional).¹⁶³³

A atividade hermenêutica não deve ser encarada como “uma atividade puramente lógico-substantiva, mas teleológico-valorativa”.¹⁶³⁴ “E para tanto, é necessário que a magistratura esteja radicalmente comprometida com a efetivação dos direitos fundamentais, consciente da dimensão político-social da jurisdição, a qual tem outros escopos além do estritamente jurídico, [...]”.¹⁶³⁵

Todo contrato, cuja execução não seja imediata, se presta a que uma das partes se endivide neste entremeio e não possa adimplir sua prestação. Falou-se muito do crédito a particulares¹⁶³⁶, pois este é o principal contrato cativo ou relacional, mas há diversos outros contratos que se encaixam nesta categoria, e não são considerados contratos de consumo. Além disso, mesmo dentro do crédito, existem várias modalidades para sua concessão, tais como cheque especial, cartão de crédito, financiamentos, alienação fiduciária, compra e venda com reserva de domínio ou hipotecária, *leasing*¹⁶³⁷, entre outras, sendo que nem todas necessariamente serão operações compreendidas em uma relação jurídica de consumo. Tanto

¹⁶³³ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução Ingo Wolfgang Salet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 75.

¹⁶³⁴ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 159.

¹⁶³⁵ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 53.

¹⁶³⁶ “Embora o crédito a particulares seja a principal fonte de endividamento, tal não significa que este fenómeno não possa ter outras origens (por exemplo, dívidas de serviços, dívidas fiscais, etc.)” MARQUES, Maria Manuel Leitão; FRADE Catarina. **Regular o Sobreendividamento**. Disponível em: <<http://www.gplp.mj.pt/home/conferencias/cire/Maria%20Manuel%20Leit%C3%A3o%20Marques.pdf>> Acesso em: 09.07.2007. p. 3.

¹⁶³⁷ TIMM, Luciano Benetti. **O superendividamento e o direito do consumidor**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor., Porto Alegre, magister, n. 8, p. 40-55, abr/maio, 2006. p. 44.

assim o é, que o Código Civil prevê a revisão dos contratos por ele regulados. Assim, em muitas relações, a pessoa física poderá não ser consumidora, nos termos do que já foi aqui definido como relação jurídica de consumo, e poderá estar a demandar auxílio diante de sua condição de superendividada.

Cabe mencionar que o pouco dito sobre o superendividamento de não consumidores foi referido por Luciano Timm, o qual chegou a mencionar, em artigo sobre o tema, que nem todos os contratos de crédito estariam abrangidos pelo direito do consumidor

Portanto, tomadores de crédito que usam o dinheiro para satisfazer necessidades pessoais e não para lucrar são consumidores e essa relação sofre a incidência do CDC. Por outro lado, a implicação disso é que outras pessoas que tomam dinheiro no mercado para instrumentalização de sua atividade econômica na busca do lucro não podem ser considerados consumidores (p. ex. a área de *corporate finance* dos bancos). Seria possível defender uma exceção a esta regra somente se uma significativa vulnerabilidade pudesse ser encontrada entre o tomador e aquele que cede o crédito, como no caso das microempresas – tendo em vista a preocupação com a parte hipossuficiente nas relações econômicas.¹⁶³⁸

Embora a referência do professor se concentre mais em casos que envolvam microempresas, que já contam com a proteção da falência e recuperação da pessoa jurídica, e aqui se pretendia chamar a atenção para o caso das pessoas físicas, ainda assim, a passagem é importante porque foi cogitada a hipótese de se estender o instituto do superendividamento a casos que não envolvam consumidores.

É possível desenvolver este pensamento e ir a fundo na questão para buscar um meio, dentro do ordenamento jurídico, que permita uma interpretação que viabilize a revisão dos contratos não considerados de consumo. Partindo-se de visão constitucional do Direito e considerando que a Constituição Federal ilumina todo o ordenamento jurídico nacional - tendo, inclusive uma função sistematizadora do direito como um todo, já que padroniza as diretrizes de todos os ramos do direito - buscar-se-á definir em que situações poderia um superendividado pleitear a revisão de um contrato excessivamente onerado.

Como visto, a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor permite esta revisão com base no superendividamento a partir do momento que não impõe maiores

¹⁶³⁸ TIMM, Luciano Benetti. **O superendividamento e o direito do consumidor**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor., Porto Alegre, magister, n. 8, p. 40-55, abr/maio, 2006. p. 45 e 46.

requisitos para sua concretização. Entretanto nem todos os contratos firmados são de consumo, muitos não caracterizam uma relação jurídica de consumo – como também já foi exposto – e, portanto, contam com o Código Civil para regulá-las. Destas se tratará neste ponto, pois quando o indivíduo se encontra na condição de superendividado, possui não apenas débitos com fornecedores, mas também com os particulares com quem firmou contratos. O superendividado passa a ter dificuldades de cumprir todo e qualquer contrato e se for obrigado a cumprir todos aqueles firmados com particulares pode não mais sair da ruína. Isto é, todos os credores terão dificuldades para recuperar seu crédito, não apenas aqueles que se encontrem em relação jurídica de consumo.

Assim, quem possui o passivo superior ao ativo buscará renegociar seus débitos com o banco, mas também as dívidas que possui com o locador, dono do imóvel que aluga. Se, como já estudado, o banco deverá revisar em caso de superendividamento passivo e caberá ao juiz que definirá se deve-se revisar em caso de superendividamento ativo, no que toca ao credor locador, este poderá exigir o seu crédito até o fim, desimportando a dignidade do superendividado?

De acordo com o texto dos arts. 478 e seguintes do CC, aparentemente a resposta é afirmativa. Deve, porém, o Direito moderno, preocupado com as consequências de determinadas previsões legais questionar esta posição, enxergando as dívidas de determinado indivíduo de maneira global, ainda que cada qual com suas particularidades, pois o superendividamento deve ser encarado como um fenômeno do indivíduo falido que busca recuperar-se, e não como dívidas isoladas.

Embora não seja especificamente essa a finalidade do trabalho, parece importante tecer breves comentários sobre os direitos fundamentais, pois os temas se entrelaçam. Desta forma, não se pretende analisar a fundo o assunto direitos fundamentais e a sua relação com o direito privado, pois a complexidade é tanta que Canaris chega a chamar este tema de “problemática do século”¹⁶³⁹, mas isso não pode nos desviar do nosso objetivo que é analisar (sim, continuar a analisar) o tema do trabalho – revisão dos contratos pelo superendividado - sob o prisma dos direitos fundamentais.

¹⁶³⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução Ingo Wolfgang Salet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

Ab initio, há que se ratificar as palavras de Luiz Guilherme Marinoni quando este afirma que:

Não há mais dúvida de que os direitos fundamentais não mais se resumem a direitos de defesa contra a interferência estatal na esfera jurídica particular. Sabe-se, atualmente, que os direitos fundamentais também conferem aos particulares direitos de proteção, direitos à organização e ao procedimento e direitos a prestações sociais. Mais do que isso, parece que a doutrina é praticamente unânime em reconhecer que o Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais e, por esse motivo, proteger um cidadão diante do outro. Para tanto, o Estado deve prestar proteção normativa (através de regras materiais e processuais), proteção administrativa e proteção jurisdicional.¹⁶⁴⁰

Importa destacar que não foi por acaso que o constituinte antepôs os princípios fundamentais nos arts. 1º ao 4º da CF. Se a Constituição inicia com a abordagem de temas como a dignidade da pessoa humana, da justiça distributiva, da erradicação da pobreza e da marginalização social, da diminuição das desigualdades sociais e regionais, tais temas não devem ser considerados apenas para as matérias consideradas de direito público.

Muito se discutiu sobre se esta eficácia se estenderia a terceiros que não ao Estado, surgindo a expressão *Drittwirkung der Grundrechte* criada por H. C. Nipperdey em 1954¹⁶⁴¹, já que inicialmente, na origem dos direitos fundamentais, estes buscavam proteger as garantias do cidadão frente ao Estado (direitos de defesa – *Abwehrrechte*)¹⁶⁴², isto é, com eficácia vertical. A tradução literal do termo é “o efeito dos direitos fundamentais diante terceiros”, ou seja, direitos fundamentais nas relações entre particulares.¹⁶⁴³ A partir do célebre caso Lüth, de 1950, na Alemanha¹⁶⁴⁴ e da CF de 1988, no Brasil, vem crescendo a ideia de que os direitos fundamentais produziram eficácia entre particulares.

¹⁶⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela específica do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.13, n.50, abr./jun. 2004. p. 72.

¹⁶⁴¹ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 41 e Nota 55.

¹⁶⁴² DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 90.

¹⁶⁴³ DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 87-88.

¹⁶⁴⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução Ingo Wolfgang Salet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 43-50 e 59-65. MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 107.

Hoje já parece mais pacífico que a eficácia dos direitos fundamentais¹⁶⁴⁵ também é percebida nas relações privadas, ou seja, horizontalmente.¹⁶⁴⁶ Isso porque os direitos fundamentais não mais têm apenas características negativas (o Estado e os particulares devem se abster de violar a dignidade humana, por exemplo), mas também prestacionais (o Estado e os particulares devem promover a dignidade humana). “Ambas as dimensões dirigem-se tanto às relações entre Estado e cidadão quanto nas relações interprivadas.”¹⁶⁴⁷

Isso porque não basta ao Estado abster-se de intervir, indevidamente, na dignidade de um particular. Ele deve, além disso, proporcionar um dever concreto de proteção e esse dever implica contenção de eventuais condutas lesivas patrocinadas por particulares, o que afasta a idéia de que os poderes públicos devam fechar os olhos para agressões a direitos fundamentais provenientes da esfera privada.¹⁶⁴⁸

A importância dos direitos fundamentais impede a limitação de sua aplicação. Tal abrangência confere um viés objetivo a esses direitos, conforme se depreende das lições de Marcelo Duque: “[...] a revelação do aspecto objetivo dos direitos fundamentais trouxe à tona a ideia de que esses direitos, em verdade, consagram valores básicos da ordem jurídica e da sociedade, razão pela qual devem ser prestigiados em todos os setores da vida civil.”¹⁶⁴⁹ Por conseguinte, há um efeito de irradiação dos direitos fundamentais (*Ausstrahlungswirkung der Grundrechte*) para todas as áreas do direito, sem exceções.¹⁶⁵⁰ Além do mais, há que se considerar que a CF prevê diversos princípios e regras tipicamente de direito privado a

¹⁶⁴⁵ Não se pretende abordar este tema de maneira aprofundada, portanto, sobre a eficácia dos Direitos Fundamentais - assim como seu conceito aberto, sua multifuncionalidade, sua aplicabilidade imediata, a proibição de retrocesso e a plena eficácia das normas definidoras destes direitos - indica-se a leitura de: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

¹⁶⁴⁶ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 88. DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 96.

¹⁶⁴⁷ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 98.

¹⁶⁴⁸ DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 121.

¹⁶⁴⁹ DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 113.

¹⁶⁵⁰ DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 115-116 e 123.

evidenciar que este ramo do direito deve ser interpretado de acordo com os ditames da Constituição.¹⁶⁵¹

Portanto, “a constituição não distingue de onde provém a agressão dos direitos fundamentais.”¹⁶⁵² Conforme Claus-Wilhelm Canaris, “para o cidadão, as leis de direito privado poderem ter efeitos ofensivos inteiramente semelhantes aos das leis de direitos público”¹⁶⁵³, motivo pelo qual também o direito privado deve ser orientado pela CF e seus princípios.

Até mesmo porque esta dicotomia já está sendo bastante questionada pelos doutrinadores modernos, como bem salienta Judith Martins-Costa: “(...) inexistem ‘secções’ na Ciência Jurídica, como pelo fato de atualmente se ter posto em causa, com indiscutível acerto, a secular divisão entre o Direito Público e o Privado. Em todas as instâncias socio-culturais e econômicas, o público e o privado se mesclam, interagem, e por isso, contínua e dialeticamente se transformam.”¹⁶⁵⁴ No mesmo sentido, Eugênio Facchini Neto leciona:

Esse tema, na verdade, tem imbricações com o ocaso da visão dicotômica que dividia o mundo jurídico em direito público e direito privado, aflora as questões ligadas aos fenômenos da publicização do direito privado e da privatização do direito público, e relaciona-se com o esforço para tornar não só juridicamente eficazes, mas principalmente socialmente efetivos os direitos fundamentais. Deste esforço deve participar ativamente também o Poder Judiciário.¹⁶⁵⁵

Com efeito, “A eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas se torna inegável, diante da diluição de fronteiras entre público e privado.”¹⁶⁵⁶ Antes disso, pode-se

¹⁶⁵¹ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 38.

¹⁶⁵² DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 126.

¹⁶⁵³ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução Ingo Wolfgang Salet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 24.

¹⁶⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT. vol. 80, n. 670. ago. 1991, p. 42.

¹⁶⁵⁵ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 12.

¹⁶⁵⁶ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 98..

afirmar que os direitos humanos devem orientar o direito como um todo e não apenas determinadas áreas. Assim ensina Jörg Neuner:

Da caracterização dos direitos humanos sociais como direitos supra-estatais resulta a validade universal e a vinculatividade desses direitos em relação a todos os poderes estatais. Abstraindo-se do caso extremo de leis contraditórias, essa vinculação gera para o Judiciário sobretudo o dever da interpretação e do desenvolvimento do Direito em conformidade com os direitos humanos. No direito civil, por sua vez, conduz especialmente a que o princípio da autonomia privada não possa ser absolutizado.¹⁶⁵⁷

Deve-se conceber “que as normas de direito privado também podem servir para a concretização de imperativos de tutela de direitos fundamentais.”¹⁶⁵⁸ A aplicação desta visão constitucional do direito que considera os direitos fundamentais previstos na CF deve ir além do direito público e mesmo além do direito do consumidor. Para abalizar o posicionamento, vale transcrever as belas palavras de Gustavo Tepedino:

A interpretação deverá, para além do juízo de licitude, verificar se a atividade econômica privada atende aos valores constitucionais, só merecendo tutela jurídica quando a resposta for positiva. E tal critério não se aplica só às relações de consumo, mas aos negócios jurídicos em geral, ao exercício do direito de propriedade, às relações familiares de relações de direito privado.

[...]

Imagine-se certa hipótese em que o intérprete tenha que se decidir entre aplicar a disciplina das locações, com resultado desastroso para o interesse do locatário ou, ao reverso, considerar este mesmo locatário como um consumidor, passando assim a atrair, por um passe de mágica, a proteção da ordem jurídica em favor dos mesmíssimos valores ameaçados na relação locatícia!

Tal distorção definitivamente não é aceitável sob a ótica do direito civil-constitucional. Os valores que presidem o ordenamento necessariamente são os mesmos.¹⁶⁵⁹

Em suma, vale referir as palavras de Teresa Negreiros:

Conforme dispõe o art. 1º do Texto Maior, o Estado Democrático de Direito funda-se, entre outros, nos princípios da dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (incisos III e IV, respectivamente). Como fundamentos, assim definidos pelo próprio constituinte, estes princípios devem condicionar a atividade econômica, de forma a que se cumpra o objetivo de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I). Estes contornos do Estado brasileiro são complementados pelos dispositivos concernentes à ordem econômica, cuja definição mesma os reforça de forma explícita: “A ordem

¹⁶⁵⁷ NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Jurisdição e direitos fundamentais**: anuário 2004/2005. – Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006. p. 164.

¹⁶⁵⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução Ingo Wolfgang Salet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 34.

¹⁶⁵⁹ TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. **Temas de Direito Civil**. 3. ed., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2004. p. 229 e 230.

econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.” (art. 170, *caput*).¹⁶⁶⁰

Como dito, se inicialmente os direitos fundamentais eram direitos que buscavam proteger o cidadão do Estado, hodiernamente já se tem consciência de que não basta que o Estado se abstenha de violar os direitos dos cidadãos, mas também que os implemente por meio de políticas públicas as quais permitam o gozo de tais direitos por todos indistintamente. Também o Judiciário tem este dever de concretização destes direitos em todas as relações, incluindo as jurídico-privadas.¹⁶⁶¹

[...] parece claro que o juiz, no exercício de sua atividade jurisdicional, ao interpretar e aplicar o direito privado, deva também levar em conta as regras e os princípios constitucionais que tratam diretamente do tema objeto do litígio (...), ou que enunciam valores e objetivos que devem orientar toda e qualquer atividade estatal, especialmente a jurisdicional, mas também a atividade privada (como o fundamento e valor da dignidade da pessoa humana [arts. 1º, III, e 170, da C.F.], os valores da liberdade, justiça social e solidariedade [art. 3º, I], da igualdade também substancial [arts 3º, III, e 170, VII])

[...]

Daí por que se defende que a Constituição deva ser aplicada diretamente, inclusive em relações interprivadas, ao menos sempre que a controvérsia de que trata não possa ser resolvida com base na lei, seja por ser a lei lacunosa, seja porque a lei oferece um solução aparentemente injusta.¹⁶⁶²

Vale referir que a expressa menção da solidariedade no art. 3º, inc. I da CF, estabelece um princípio jurídico inovador que vem ao encontro da tendência do direito contratual. Este princípio, segundo Maria Celina Bodin de Moraes, deve “ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução de políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação e aplicação do Direito, (...)”¹⁶⁶³ Conclui a mesma autora : “O princípio constitucional da solidariedade identifica-se, deste modo, com o

¹⁶⁶⁰ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 214 e 215.

¹⁶⁶¹ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 43.

¹⁶⁶² FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 43-45.

¹⁶⁶³ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 138.

conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.”¹⁶⁶⁴

Portanto, não há como defender que os direitos fundamentais irradiem efeitos a todos os âmbitos do direito, exceto ao direito privado, pois nada justifica o tratamento deste ramo do direito como um “*gueto* à margem da Constituição.”¹⁶⁶⁵

De qualquer modo, não é somente a incidência dos direitos fundamentais no direito privado que permite a revisão dos contratos pelos superendividados, pois ainda que este seja um forte argumento, o direito civil sozinho comporta esta forma de revisão pelo que já foi até aqui referido. Tanto assim o é que, às pessoas jurídicas, não se aplicam os direitos humanos¹⁶⁶⁶ e ainda assim há um instituto que lhes permite recuperar-se financeiramente. Portanto, ainda que se negue esta tendência humanista do direito moderno e a crescente influência da CF em todo o ordenamento jurídico, é possível considerar a ideia de se revisar um negócio jurídico firmado por uma pessoa física em face de uma posterior falência econômica individual, alheia a sua vontade.¹⁶⁶⁷

6.2.1 Dignidade da pessoa humana

O principal direito fundamental que embasa a possibilidade de revisão dos contratos pelo superendividado é a dignidade da pessoa humana.¹⁶⁶⁸ Como já referido, quando se tratou dos direitos fundamentais como fundamento para revisão pelo consumidor superendividado, também aqui a dignidade do superendividado é o argumento central a justificar o

¹⁶⁶⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 140.

¹⁶⁶⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 125.

¹⁶⁶⁶ Embora seja pacífico que as pessoas jurídicas são titulares de direitos fundamentais, tais como a imagem e a honra, não se aplicam à estas os dos direitos fundamentais que se relacionam com o superendividamento eis que ligados à dignidade da pessoa humana.

¹⁶⁶⁷ Deste modo, a idéia do trabalho não é fundamentar a revisão dos contratos pelo superendividado nos direitos humanos, mas sim dizer que em tempos de constitucionalização do direito, inadmissível que não se trate os indivíduos falidos.

¹⁶⁶⁸ Repita-se que este não é o tema desta dissertação, motivo pelo qual optou-se por não desenvolver o assunto a fundo. Embora importante, este é apenas mais um argumento em prol da revisão dos contratos pelo superendividado e não o foco do trabalho.

parcelamento ou a redução da dívida de modo a manter a vida do devedor em um nível que não comprometa sua dignidade. Mesmo porque este é o princípio-base de todos os direitos fundamentais, sendo considerado verdadeira “célula-mater” destes.¹⁶⁶⁹ E, se no direito do consumidor, ele próprio é um direito fundamental¹⁶⁷⁰ – art. 5º, XXXII da CF -, quando se trata de revisão de contrato puramente civil, em que uma das pessoas físicas está superendividada, a dignidade da pessoa humana¹⁶⁷¹ terá ainda mais relevância quando do pedido revisional. Este princípio é que tornará indisponível matéria que é considerada disponível. O estudo, que aqui se faz, é voltado à busca da concretização deste princípio informador de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

No direito privado, o efeito mais evidente da influência dos direitos fundamentais é a limitação da vontade dos particulares “a partir da concretização de princípios constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana. Ou seja, abandona-se a ética do individualismo pela ética da solidariedade; relativiza-se a tutela da autonomia da vontade e se acentua a proteção da dignidade da pessoa humana.”¹⁶⁷²

O avanço da visão constitucional do direito é, em muito, percebida pelas conquistas dos devedores. Como se viu no histórico do superendividamento, o devedor passou por humilhações na maior parte das transformações progressivas do direito até chegar aos dias de hoje. A conquista mais recente que retrata essa evolução foi a inconstitucionalidade da prisão civil por dívida. Excetuada a dívida por alimentos, dadas as suas particularidades, a prisão civil foi considerada vedada pelo STJ, pois percebeu que a inclusão no rol de direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, no art. 5º, § 2º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, ou Pacto de San José da Costa Rica, como ficou conhecida, tornava inconstitucional a prisão civil, incorporada ao ordenamento jurídico nacional pelo

¹⁶⁶⁹ MELGARÉ, Plínio. Um olhar sobre os direitos fundamentais e o estado de direito – breves reflexões ao abrigo de uma perspectiva material. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Jurisdição e direitos fundamentais**: anuário 2004/2005. – Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006. p. 197.

¹⁶⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela específica do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.13, n.50, abr./jun. 2004. p. 72.

¹⁶⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2010.

¹⁶⁷² FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 23.

Decreto 678, de 06.11.1992¹⁶⁷³, diante da previsão do art. 7º, § 7º, que diz: “Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.” Ainda hoje a CF permite a prisão do depositário infiel, no art. 5º, inciso LXVII, mas a aplicação deste dispositivo fica cada vez menos plausível diante da atual visão do sistema como um todo, principalmente porque o próprio Pacto de San José não autoriza qualquer outra prisão civil que não a por dívidas alimentares. Também a jurisprudência é neste sentido. Um julgado do STJ, de 2001, da relatoria do Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr. afirma a inviabilidade da decretação de prisão civil em caso que tratava de contrato de alienação fiduciária em garantia.¹⁶⁷⁴ Outro caso julgado pelo STJ aplica-se perfeitamente ao tema deste trabalho, é o REsp de 2005 de relatoria do Min. José Delgado que impede o corte no fornecimento de energia elétrica em caso de usuário “pessoa física em situação de miserabilidade”. Considerou-se que a responsabilidade neste caso ultrapassaria o patrimônio do devedor, passando a incidir sobre a própria pessoa, entendendo pela “inviabilidade de aplicação da legislação infraconstitucional impermeável aos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o princípio da dignidade da pessoa humana.”¹⁶⁷⁵

Afirma Márcio Mello Casado, “[...] o contrato, em primeiro lugar deve respeitar ao princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º, inc. III, da CF.”¹⁶⁷⁶ Assim, quando tratamos de direito contratual moderno, antes de qualquer coisa devemos analisar se a dignidade de qualquer das partes está sendo atacada. Em caso positivo, o direito deve intervir para corrigir o problema em atenção às normas constitucionais.

Nesta medida, o contrato servirá ao destinatário das normas constitucionais sempre que atender e prezar pela dignidade destas pessoas. Logo, não se pode admitir que um contrato seja o motivo da escravidão financeira da pessoa humana, desde que ela

¹⁶⁷³ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 21.

¹⁶⁷⁴ STJ, 4ª T. HC 12.547/DF, rel Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 12.02.2001. DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 129. Nota 164.

¹⁶⁷⁵ STJ, 1ª T., REsp 684.442/RS, rel. Min. José Delgado, DJU 05.09.2005. DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 129-130. Nota 165.

¹⁶⁷⁶ CASADO, Márcio Mello. Os Princípios Fundamentais como Ponto de Partida para uma Primeira Análise do Sobreendividamento no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 33, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 131.

de boa-fé tenha dirigido sua condita no desenvolvimento do processo obrigacional.¹⁶⁷⁷

Isto ocorre porque ainda que a livre iniciativa seja princípio norteador da CF, promovendo desenvolvimento econômico, o que é de interesse de todos, este não é o único valor a ser ponderado nas previsões econômicas da Constituição. Isto porque o desenvolvimento social também é do interesse de toda a sociedade, o que faz com que os deveres éticos da dignidade da pessoa humana se sobreponham a outros valores, quer econômicos, quer sociais.¹⁶⁷⁸ “Nada, com efeito, justifica o tratamento da pessoa humana, no relacionamento jurídico, como coisa ou como simples número de uma coletividade”.¹⁶⁷⁹

Etimologicamente, a palavra “dignidade” deriva do latim *dignus*, ou “aquele que merece estima e honra, aquele que é importante”. O Cristianismo foi o primeiro a utilizar o termo para todas as pessoas, como algo íncito ao humano.¹⁶⁸⁰

A ideia evoluiu até ser considerada por Kant um imperativo categórico, isto é, a garantia de que o ser humano sempre seja considerado um fim em si mesmo e nunca ser usado como um meio para outros fins. Assim, todas as leis devem ter como finalidade o homem, em consideração à ética maior do respeito pelo outro. Segundo o filósofo alemão, o mundo social possui duas categorias de valores, sendo um deles o preço (*preis*) e o outro a dignidade (*Würden*). O primeiro é o de mercado, portanto, exterior e diz com interesses particulares, enquanto o segundo é moral, interior e é de interesse geral. “As coisas têm preço; as pessoas, dignidade”.¹⁶⁸¹

Após o término da Segunda Grande Guerra, o respeito à dignidade humana se tornou a base dos direitos¹⁶⁸², vindo as Nações Unidas a proclamar a Declaração Universal dos

¹⁶⁷⁷ CASADO, Márcio Mello. Os Princípios Fundamentais como Ponto de Partida para uma Primeira Análise do Sobreendividamento no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 33, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 131.

¹⁶⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 33 e 34.

¹⁶⁷⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 34.

¹⁶⁸⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 110.

¹⁶⁸¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 113.

¹⁶⁸² MELGARÉ, Plínio. Um olhar sobre os direitos fundamentais e o estado de direito – breves reflexões ao abrigo de uma perspectiva material. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Jurisdição e direitos**

Direitos Humanos em 1948, determinando, já no primeiro artigo, que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos.” No Brasil, isto levou algum tempo já que se enfrentou um longo período de ditadura sob o regime militar, vindo a dignidade a constar na Constituição democrática de 1988, também em seu primeiro artigo, como um dos fundamentos da República.¹⁶⁸³

Como já referido neste trabalho, embora o princípio da dignidade da pessoa humana parta de uma expressão indeterminada, vaga e genérica, consegue reproduzir o sentido que pretende expressar. A difícil definição não pode ser obstáculo à sua concretização.

Também sua característica ambivalente, isto é, se aplica a ambas as partes, não é empecilho para servir de fundamento para a revisão dos contratos pelos superendividados, pois ainda que hodiernamente se esteja criticando o uso excessivo deste princípio que vem servindo para fundamentar institutos demais, nesta matéria isto não ocorre. Torna-se, aqui, a dizer o mesmo que foi dito para o consumidor falido, isto é: evidentemente o devedor superendividado tem sua dignidade posta em risco de maneira mais grave do que o credor não superendividado. Ora, se o não pagamento da dívida como foi estipulada fere a dignidade do credor, o pagamento não revisado deste débito gera a não proteção da dignidade de quem está falido, isto é, de quem está a carecer das necessidades mais básicas. Haverá, no caso concreto, uma ponderação de princípios.

Basta que não se permita o seu uso indiscriminado causando excessos na proteção do superendividado e se busque respeitar a regra da obrigatoriedade dos pactos no que for possível, que não serão feridos os direitos fundamentais do outro contratante nem o interesse público.¹⁶⁸⁴ Assim, proteger o superendividado, revisando suas obrigações pendentes, não é simplesmente perdoar judicialmente, de pronto, a totalidade de suas dívidas, por exemplo.

Partindo-se da boa-fé do endividado – já que a boa-fé é presumida, a má-fé é que deve ser provada – não há como desconsiderar o sofrimento de um indivíduo falido. O

fundamentais: anuário 2004/2005. – Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006. p. 197.

¹⁶⁸³ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 114-115.

¹⁶⁸⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Tradução Ingo Wolfgang Salet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 33.

mínimo que a lei deve fazer para auxiliá-lo a quitar suas dívidas é promover um meio para tanto, garantindo-lhe a dignidade. Este é um problema, inclusive, de saúde pública que atinge um número incontável de pessoas no mundo, mas em alguns países não recebe a atenção devida. No Brasil, é possível fazer-se uma interpretação do ordenamento conforme a Constituição, reforçando os deveres decorrentes da boa-fé dos contratantes. O direito civil moderno possui conexão axiológica com os valores constitucionais, cuja remissão permite dar um sentido uniforme às cláusulas gerais.¹⁶⁸⁵ As características culturalistas do CC de 2002 permitem-lhe uma “complementariedade intertextual” com os direitos fundamentais graças à redação destas cláusulas gerais que viabilizam as chamadas “conexões sistemáticas”.¹⁶⁸⁶

É válido abrir um parêntese sobre o culturalismo, eis que este possibilita uma abertura do Código Civil a essas influências aqui cogitadas. Importa consignar que Miguel Reale, coordenador da Comissão elaboradora do novo Código Civil brasileiro, embasou todo este diploma em três princípios fundamentais: eticidade, socialidade e operabilidade. A primeira diretriz visa, por meio de cláusulas gerais, permitir que os valores éticos sejam incluídos no direito privado através da hermenêutica dos operadores do direito, permitindo uma contínua atualização dos dispositivos legais.¹⁶⁸⁷ Dessa maneira o legislador permitiu a aplicação de outros direitos, inclusive o da dignidade da pessoa humana, ao direito privado.

Além disso, também a proteção dos interesses difusos, notadamente com relação aos direitos humanos, é uma tendência típica da pós-modernidade.¹⁶⁸⁸ A dignidade, enquanto princípio fundamental no âmbito contratual, também se liga à confiança dos contratantes. Aquele que contrata o faz porque confia que poderá adimplir sua obrigação, bem como confia que a outra parte também o fará e que as circunstâncias permanecerão inalteradas. Quando não se atinge este objetivo ambos os contratantes frustram-se e, se isto ocorre sem a culpa de nenhum, mesmo que apenas um destes deixe de cumprir, se pode dizer que este teve frustradas suas legítimas expectativas quanto àquele contrato. Deverá ele cumprir sua

¹⁶⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 115.

¹⁶⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 77-78.

¹⁶⁸⁷ MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 76-77.

¹⁶⁸⁸ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz, LIMA, Clarissa Costa de. Tratamento do crédito ao consumo na América Latina e superendividamento. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 98 e 99.

obrigação de acordo com os limites da dignidade e das legítimas expectativas de ambos. Não se pode dizer que é legítima a expectativa do credor de cumprimento da prestação pelo devedor, quando aquele sabe da situação financeira deste e dos motivos razoáveis que o levaram a ela. Não é legítima a expectativa de pagamento do credor que ignore completamente a dignidade mínima do devedor de boa-fé. Diz Heloísa Mello:

[...] importa apenas saber que, proteger o superendividado significa criar condições para que ele pague, garantindo o mínimo existencial, tendo presente que a proteção das legítimas expectativas dos consumidores, a garantia de cumprimento do que ele espera obter de uma dada relação contratual, nada mais é do que a projeção do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana no âmbito obrigacional.¹⁶⁸⁹

Também o mínimo existencial, o *reste à vivre* dos franceses, ou mínimo social, como denominou a Lei 8742/93 – a chamada “lei orgânica da assistência social” –, se identifica muito com este princípio. A elaboração de uma lei de falência das pessoas físicas, isto é, do superendividamento, deve, sem dúvida, contemplar este instituto se quiser dar efetividade à proteção da dignidade humana. “Delimitar o mínimo existencial que caracterizará a situação de superendividamento e por consequência a aplicação da lei protetiva, significa definir – juridicamente – os limites da pobreza (...)”.¹⁶⁹⁰ Ainda que se insista em uma leitura mais clássica do CC e não se admita em nenhuma hipótese a revisão dos pactos entre privados, há que se atentar para a importância da manutenção de um mínimo existencial.

Muito já foi dito com relação ao mínimo existencial quando abordadas as formas de tratamento do superendividamento, mas é necessário repisar que também no caso de ausência de relação jurídica de consumo, deve o devedor contar com a manutenção de um montante básico à sua sobrevivência digna para o correto combate ao superendividamento. Este é a ferramenta-chave para se garantir o cumprimento das obrigações sem ferir a dignidade do devedor. Sem ele, o combate ao superendividamento perde as feições humanas e restringe-se a um problema jurídico, olvidando do caráter social que o endividamento excessivo apresenta.

Este mínimo que garanta a sobrevivência digna deve não apenas ser protegido pelo Estado, como deve ser conferido àquele que não o possua, a fim de permitir um mínimo de cidadania. Um Estado que tem o dever de prover tais condições de existência não pode, ao

¹⁶⁸⁹ MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Uma lei para os consumidores superendividados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 76-89, jan/mar. 2007. p. 86.

¹⁶⁹⁰ MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Uma lei para os consumidores superendividados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 76-89, jan/mar. 2007. p. 89.

mesmo tempo, tratá-las como objeto de intervenção e retirá-las a pretexto do cumprimento de uma obrigação particular. Ainda que continue tendo o dever de exigir o adimplemento desta prestação, deverá encontrar um método que não prive o devedor deste mínimo, sob pena de estar preferindo, ao ponderar valores, o cumprimento dos pactos à dignidade de seus cidadãos. O direito civil puro, pode, mas o direito civil subordinado aos ditames da lei constitucional, como se espera de um Estado Democrático de Direito, não. Já se superou a fase histórica que via no direito civil uma área isolada da ciência jurídica, hoje sua constitucionalização já está consagrada, e a subordinação à lei maior desta e de outras leis infraconstitucionais não mais permite certas atitudes como essa.

A pessoa humana é o grande personagem da CF e sua proteção é, por isso, o principal objetivo da Carta Constitucional. Em torno disso fundam-se todos os princípios que norteiam este diploma. Quando se estabeleceu como objetivo do Estado, garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º, inc. II), pretendeu-se atingir este fim através da melhora do nível de vida dos cidadãos, garantindo, desta forma, o bem de todos (art. 3º, inc. IV).¹⁶⁹¹ Por isso, a dignidade da pessoa humana é o alicerce do Estado Democrático de Direito, porque ela é a base para a obtenção dos demais direitos fundamentais previstos na Carta Magna. “A aplicação do direito deve andar ao par dos objetivos da República, até porque qualquer outra interpretação conduz à inconstitucionalidade do ato de concreção das normas aos fatos”¹⁶⁹², afirma Márcio Casado, abalizando suas afirmações nas lições de interpretação constitucional de Konrad Hesse.

Tratando da dignidade da pessoa humana no âmbito do direito civil, Maria Celina Bodin de Moraes conclui: “tal parece ser o único princípio capaz, na atualidade, de conferir a unidade axiológica e a lógica sistemática, necessárias à recriação dos institutos jurídicos e das categorias do direito civil”.¹⁶⁹³ A proteção deste princípio traz não apenas a evolução do direito, mas da sociedade como um todo. “Concebe-se que quanto mais protegida a dignidade

¹⁶⁹¹ CASADO, Márcio Mello. Os Princípios Fundamentais como Ponto de Partida para uma Primeira Análise do Sobreendividamento no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 33, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 133.

¹⁶⁹² CASADO, Márcio Mello. Os Princípios Fundamentais como Ponto de Partida para uma Primeira Análise do Sobreendividamento no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 33, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 133.

¹⁶⁹³ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 116.

da pessoa humana, mais desenvolvida, civilmente, a sociedade, e mais próxima de uma realização efetiva das possibilidades de seus formadores.”¹⁶⁹⁴

Além da dignidade da pessoa humana, o direito alemão apresentou um princípio equivalente. Em 1993, a Corte Constitucional da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) trouxe o “direito fundamental de desenvolvimento da personalidade”, previsto no art. 2, I da *Grundgesetz*, isto é, ao analisar as cláusulas de um contrato bancário, a decisão considerou uma afronta aos bons costumes (§ 138 do BGB) e à boa-fé (§ 242 do BGB), a cobrança de uma pessoa sem patrimônio.¹⁶⁹⁵ Neste diapasão, parece crescente a tendência do “controle do conteúdo (*Kriterien für Inhaltskontrolle*) dos contratos privados com base nos princípios constitucionais.”¹⁶⁹⁶ Assim, aos poucos o direito privado vai admitindo os direitos fundamentais como parte de seu ordenamento jurídico, orientando toda sua hermenêutica a partir dos princípios fundamentais do direito.

6.2.2 Constitucionalização do direito privado

A constitucionalização do direito privado é a doutrina que permite que ensinamentos ligados aos direitos fundamentais se apliquem a este ramo do direito e tem trazido nova visão sobre as obrigações contratuais. Não se trata de absorção do direito civil pelo constitucional¹⁶⁹⁷, evidentemente, - pois aquele mantém sua especificidade exigindo uma autorresponsabilidade do indivíduo -, mas sim da integração do direito privado com a Lei

¹⁶⁹⁴ CARDOSO, Débora Rezende. O fim negativo do contrato no Código Civil de 2002: resolução por onerosidade excessiva. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 541.

¹⁶⁹⁵ BVerfG Beschl. v. 19.10.1993 – 1BvR 567/89 u.la., em NJW 1994,36. COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 13 e Nota 17.

¹⁶⁹⁶ DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 131.

¹⁶⁹⁷ “[...] persiste o espaço próprio do direito privado, que não restou absorvido pelo direito consitucional. Trata-se de um direito, porém, que perdeu suas antigas características de um direito individualista e materialista, para tornar-se mais solidário e ético, passando a ter uma verdadeira função social.” FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 54.

Fundamental.¹⁶⁹⁸ Os princípios constitucionais devem iluminar todo o ordenamento, sistematizando-o, motivo pelo qual não podem ser esquecidos quando da análise de um pedido revisional. “A Constituição é toda ela norma jurídica, seja qual for a classificação que se pretenda adotar, hierarquicamente superior a todas as demais leis da República, e, portanto, deve condicionar, permear, vincular diretamente todas as relações jurídicas, públicas e privadas.”¹⁶⁹⁹

A ideia de que o Código Civil seria uma “Constituição da vida privada”¹⁷⁰⁰, típica de um sistema fechado que só admite a aplicação das regras sem a influência dos princípios, comum nos pensamentos liberais¹⁷⁰¹, hoje resta superada. Há uma fragmentação do direito privado que passa de um sistema¹⁷⁰² monolítico, focado no CC, para um polissistema ou plurissistema. A chamada era dos estatutos.¹⁷⁰³

Se o Estado Liberal tinha o CC como lei central das relações privadas, no Estado Social - fruto do período do constitucionalismo social dos países ocidentais que sucede ao segundo pós-guerra¹⁷⁰⁴ -, este código perde espaço para a CF, pois, embora continue a regular as relações civis, suas disposições ficam subordinadas à lei maior, eis que a CF passa a ser o

¹⁶⁹⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 46.

¹⁶⁹⁹ TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. **Temas de Direito Civil**. 3. ed., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2004. p. 223.

¹⁷⁰⁰ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 169. Ou “Constituição do homem privado” FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 90. Ou ainda “códigos privados eram encarados como verdadeiras constituições do direito privado” e também “exerciam função de verdadeiras constituições no âmbito das relações jurídicas privadas”, como quis Facchini em FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 33 e 35, respectivamente.

¹⁷⁰¹ “De liberdades relacionadas, em última instância, a uma noção de propriedade, desenvolvida, sobretudo, por Locke, que em muito atendia às aspirações de uma burguesia ascendente” FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 90.

¹⁷⁰² Para um aprofundamento no estudo da visão de sistema, imprescindível a leitura de: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução A. Menezes Cordeiro. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

¹⁷⁰³ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 29-30.

¹⁷⁰⁴ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 22.

centro não apenas formal, mas valorativo do sistema.¹⁷⁰⁵ A atribuição do Judiciário de invalidar legislação ordinária incompatível com a Constituição é reforçada principalmente com a possibilidade do controle difuso de constitucionalidade, facilitando aos juízes a tarefa de aplicar efetivamente a CF no caso concreto.¹⁷⁰⁶

Assim, o que regulará essas relações, de fato, são as normas do CC que estiverem de acordo com a CF, e, para isso, também serve a interpretação, que deve adequar certos dispositivos às diretrizes constitucionais.¹⁷⁰⁷

Neste sentido, afirma Gustavo Tepedino:

Com efeito, a Constituição define a tábua axiológica que condiciona a interpretação de cada um dos setores do direito civil e, por isso mesmo, o ingresso no Código de Defesa do Consumidor de princípios coerentes com a nova ordem pública constitucional [...], por expressarem valores constitucionais, não podem deixar de ser destinados a uma aplicação em toda a nossa teoria contratual. São dotados de verdadeira vocação expansionista.¹⁷⁰⁸

Neste diapasão, a CF, além de promover os direitos básicos e as diretrizes do ordenamento jurídico, sistematiza-o, fazendo com que todas as relações sejam tratadas com um norte comum. A função sistematizadora da CF recupera a unidade do ordenamento ao adaptar o CC, assim como todas as demais leis infraconstitucionais, aos seus ditames, isto é, “Para tentar garantir um mínimo de unidade sistemática, busca-se subordinar todo o direito privado à orientação unificadora da Constituição.”¹⁷⁰⁹ Segundo Teresa Negreiros, tal função provoca a abertura do sistema que passa a trabalhar com regras e princípios em detrimento do sistema fechado, baseado exclusivamente nas regras.¹⁷¹⁰

¹⁷⁰⁵ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 169.

¹⁷⁰⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 22.

¹⁷⁰⁷ TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. **Temas de Direito Civil**. 3. ed., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2004. p. 220.

¹⁷⁰⁸ TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. **Temas de Direito Civil**. 3. ed., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2004. p. 221.

¹⁷⁰⁹ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 40.

¹⁷¹⁰ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 167.

A hipótese subjacente é a de que, nestes novos quadros, precisamente porque o sistema jurídico não é mais conceitualizado como axiomático-dedutivo, e portanto fechado, os princípios funcionam como os elementos do sistema jurídico capazes de conectá-lo a outros sistemas: o social, o cultural, o ético...¹⁷¹¹

Deste modo, é possível “reler e forjar todo o tecido infraconstitucional sob o manto inovador e vinculante do Texto Maior.”¹⁷¹² “Hoje, os princípios constitucionais, reconhecidos como os valores fundamentais da ordem jurídica, condicionam a interpretação-aplicação das regras *infra* constitucionais, [...]. Trata-se de um processo de abertura do sistema.”¹⁷¹³ Este processo decorre da inferioridade hierárquica das leis civis diante da CF. “Designadamente, o direito privado é apenas direito ‘ordinário’, e está, enquanto tal, na estrutura hierárquica da ordem jurídica, num plano *sob* a Constituição. Constitui, pois, um imperativo da lógica normativa que a legislação no campo do direito privado esteja vinculada aos direitos fundamentais, segundo o princípio da primazia da *lex superior*.”¹⁷¹⁴

A aplicação do Código Civil e do Código Comercial somente estará de acordo com a ordem constitucional quando for realizada de maneira crítica, isto é, analisando o caso concreto para verificar se, de fato, se está diante de uma relação em que basta tratar as partes como iguais ou não. Desapegar-se da norma regulamentar pode ser uma função árdua. Por muito tempo, reger a teoria contratual foi considerada tarefa do CC e parece viva ainda a ideologia da ciência específica pura e completa, embora a história tenha provado que as normas gerais e os princípios devam sempre orientar a aplicação do direito, notadamente no dinâmico e complexo mundo de hoje. É necessário que o operador se desvincule desta prática e releia o CC com os olhos da CF.¹⁷¹⁵ Embora as matérias que fazem parte do direito civil tratem, de regra, de relações entre partes iguais, quando a aplicação exegética provocar uma afronta aos princípios constitucionais, há que se afastar a regra do caso concreto. Isto é, quando CC e CCom tratam igualmente partes desiguais, provocam injustiças. Ainda que inicialmente aquelas partes sejam vistas como iguais, porque dentro de um ramo do direito

¹⁷¹¹ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 166.

¹⁷¹² TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. **Temas de Direito Civil**. 3. ed., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2004. p. 224.

¹⁷¹³ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 160 e 161.

¹⁷¹⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução Ingo Wolfgang Salet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 27 e 28.

¹⁷¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. **Temas de Direito Civil**. 3. ed., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2004. p. 225.

que pressupõe que assim o seja, mister se faz a análise da situação fática para aferir se há inconstitucionalidade em aplicar a lei puramente civil naquele determinado caso.¹⁷¹⁶

Disso também se trata a constitucionalização, o direito privado, ou seja, restabelecer a igualdade material - ou “igualdade substancial”¹⁷¹⁷ -, mesmo em relações originalmente entre iguais, quando, na prática, uma das partes tem sua dignidade a perigo. Ou seja, supera-se a *égalité* da revolução francesa vinculada tão somente à *liberté*, passando-se à leitura da igualdade conjunta ao ideal de *fraternité*, princípio esquecido no pós-revolução.

A Constituição não visa proteger o consumidor somente, mas sim, proteger aquele que está em situação de debilidade. Por isso, desde logo, tratou de proteger de plano os consumidores, vistos vulneráveis por natureza. Entretanto, isto não afasta a possibilidade de se proteger quem não seja assim caracterizado e se encontre em posição mais frágil. O superendividado civil é tão - ou mais porque não conta com o CDC – atingido em sua dignidade quanto o consumidor superendividado. Não há porque privilegiar somente o segundo com a revisão de seus pactos, basta impor maior rigor no cumprimento e menos liberdades para não deixar de proteger, também, o credor da obrigação particular, já que este não é tão mais forte que o devedor.

Nesta medida, o direito privado se unifica e renova em torno de princípios estampados na Constituição Federal, deixando de lado a utópica manifestação de vontade livre, fazendo com que a tutela conferida aos consumidores, no Código de Direito Civil, fundada no motivo racional evidente de tutela desigual aos desiguais, se estenda a quem consumidor não é, com a finalidade de atingimento da igualdade real constitucional e o consentimento pleno.¹⁷¹⁸

É possível entender que a condição de impossibilidade econômica de adimplir as dívidas, em que se encontra o falido, coloca-o em posição de inferioridade capaz de permitir que ele as cumpra de maneira diversa da contratada, adequando sua prestação à sua realidade. Atender-se-ia à isonomia substancial fazendo um exercício de diálogo das fontes entre as leis civis que regulam o contrato entre particulares e os princípios constitucionais fundamentais,

¹⁷¹⁶ CASADO, Márcio Mello. Os Princípios Fundamentais como Ponto de Partida para uma Primeira Análise do Sobreendividamento no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 33, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 138.

¹⁷¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 118.

¹⁷¹⁸ CASADO, Márcio Mello. Os Princípios Fundamentais como Ponto de Partida para uma Primeira Análise do Sobreendividamento no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 33, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 138.

bem como os princípios do direito do consumidor, no intuito de flexibilizar o cumprimento da prestação pelo superendividado.

Acredito, entretanto, que será possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor mesmo em situações em que não haja propriamente uma relação de consumo, desde que identifiquemos os pressupostos essenciais de hipossuficiência que justificam e dão legitimidade normativa à tutela do consumidor. Este, antes de ser consumidor é pessoa humana, para cuja proteção volta-se inteiramente o constituinte. Cuida-se de localizar, portanto, os pressupostos essenciais que, segundo o Código de Proteção do Consumidor, são necessários e suficientes para atrair uma série de princípios em defesa do sujeito de direito em situação de inferioridade.¹⁷¹⁹

Independentemente da dificuldade em definir relação jurídica de consumo, deve-se verificar até que ponto determinado superendividado deve cumprir aquilo que dignamente não pode, sempre atento a sua boa-fé desde a contratação até o pedido de revisão.

A irradiação dos princípios constitucionais sob o ordenamento jurídico privado permite uma reavaliação dos valores a serem considerados como os mais relevantes em todas as relações de direito, ocasionando maior atenção aos efeitos provocados nas pessoas e não apenas nos seus patrimônios, pois ainda que este continue tendo crucial importância para o direito privado, terá que dividir espaço com as preocupações mais humanas. Ou seja, “segundo a nova visão do Código Civil ‘a pessoa prevalece sobre qualquer direito patrimonial’”.¹⁷²⁰ “Assim, a ‘despatrimonialização’ do direito civil dá-se a partir da funcionalização das relações intersubjetivas – domínio próprio da civilística – a princípios-valores como os da dignidade da pessoa humana, da justiça social e da igualdade substantiva.”¹⁷²¹

A ordem sistêmica nada mais faz senão reproduzir a racionalidade patrimonialista sobre a qual se edificou.

Quando o centro do ordenamento passa a ser a pessoa humana dotada de dignidade, e não o patrimônio, cuja proteção é assegurada por meio de um sistema formado por conceitos e modelos abstratos, esta racionalidade não-sistêmica se torna possível: é possível uma abertura para a concretude da vida.

[...]

Quando o Direito Civil ainda é visto como um sistema fechado, mantendo-se a separação entre público e privado, Código Civil e Constituição, há a prevalência de

¹⁷¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. **Temas de Direito Civil**. 3. ed., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2004. p. 231.

¹⁷²⁰ CARDOSO, Débora Rezende. O fim negativo do contrato no Código Civil de 2002: resolução por onerosidade excessiva. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 558.

¹⁷²¹ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 171.

uma racionalidade sistêmica em prejuízo da dignidade da pessoa e dos direitos fundamentais.¹⁷²²

A despatrimonialização é, na verdade, a repersonalização do direito civil, que vem de encontro à despersonalização do contrato provocada pela padronização das técnicas contratuais¹⁷²³ do mercado atual, no intuito de compensar este movimento. Por isso os direitos da personalidade são tão valorizados no atual CC brasileiro, figurando entre os primeiros artigos (arts. 11 à 21) de modo a simbolizar a necessidade de sua leitura previamente às demais matérias previstas no estatuto civil. Facchini, citando Pietro Perlingieri, conclui que interesses e direitos ligados à pessoa humana devem prevalecer sobre aqueles relacionados com o interesse econômico.¹⁷²⁴ É claro que o caráter patrimonialista do direito privado é intrínseco a ele, e deve ter sempre fundamental relevância, o que se está a dizer é que quando há um conflito entre interesses de natureza pessoal e patrimonial, onde não há como conciliá-los e a prevalência de um implique grave violação sobre o outro, há que se optar por não violar direito pessoal. É o caso de se exigir o cumprimento de prestação (interesse econômico) em detrimento da dignidade do devedor falido (interesse pessoal).

Assim, todos os princípios devem ser levados em consideração quando da análise do caso concreto, notadamente aqueles que o legislador fixou como norteadores na ordem econômica: “soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca e pleno emprego, tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte”¹⁷²⁵, bem como a ponderação entre os princípios básicos clássicos e modernos do direito contratual: autonomia da vontade, relatividade dos efeitos, força obrigatória dos pactos, boa-fé, função social dos contratos¹⁷²⁶ e revisão dos contratos.

¹⁷²² FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 97.

¹⁷²³ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 177.

¹⁷²⁴ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 32-33.

¹⁷²⁵ CASADO, Márcio Mello. Os Princípios Fundamentais como Ponto de Partida para uma Primeira Análise do Sobreendividamento no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 33, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 139.

¹⁷²⁶ Sobre a função social dos contratos mister transcrever as palavras de Bruno Miragem quando diz: “Um segundo aspecto relevante na interpretação da função social do contrato diz respeito ao duplo sentido da proteção contratual, que na dogmática tradicional privilegiava quase que exclusivamente os interesses do

Como bem aduz Humberto Theodoro Júnior : “Na esteira da melhor doutrina e legislação européias, o novo Código Civil incorpora os três novos princípios de que estamos cogitando, quais sejam, o da *boa-fé objetiva* (art. 422), o do *equilíbrio econômico do contrato* (art. 478) e o da *função social do contrato* (art. 421).”¹⁷²⁷ Portanto, pode-se depreender da fusão entre novos e antigos princípios norteadores do direito contratual que o CC de 2002 diz: liberdade de contratar, desde que de boa-fé; obrigatoriedade dos pactos, desde que equânimes; relatividade dos efeitos, mas com reflexos perante terceiros que atendam a sua função social. A revisão dos contratos pelo superendividado é, pois, uma junção dos três novos princípios, porque busca o equilíbrio (pela revisão) e a solidariedade contratual (pelo tratamento do superendividado), tendo como pressuposto para sua concretização, que tudo esteja de acordo com a boa-fé.

6.2.3 Princípios fundamentais

Conforme o que foi dito, pode-se afirmar que hoje os deveres dos contratantes não provêm mais somente de suas manifestações de vontade, mas também dos princípios jurídicos que orientam o direito contratual.¹⁷²⁸ Mas em se tratando deste assunto, interessante mencionar, aqui, o que é exatamente um princípio para o ordenamento jurídico, pois quando se fala em sua aplicação, é necessário, para que fique claro, defini-lo.¹⁷²⁹

credor, sob os auspícios da denominada tutela jurídica do crédito. O novo direito dos contratos, sob a luz do princípio da função social, amplia a proteção legal aos contratantes de modo a abranger não apenas os legítimos interesses do credor, como também determinará que se leve em consideração, em alguma medida, os interesses do devedor de boa-fé, que esteja comprometido com o adimplemento da obrigação assumida.” MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 213.

¹⁷²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 9.

¹⁷²⁸ D’AZEVEDO, Ana Rispoli. Os novos deveres dos contratantes na perspectiva do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 295.

¹⁷²⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

Portanto, princípio é uma espécie do gênero norma.¹⁷³⁰ As normas se dividem em princípios e regras. As funções básicas dos princípios são interpretar o Direito (Interpretativa), impedir a aplicação da regra caso não seja compatível com o princípio (Bloqueadora) e sistematizar a aplicação do Direito (Integrativa). Assim, pode-se dizer que os princípios visam dar o norte para a aplicação das leis e flexibilizar a aplicação do Direito, na medida em que se adapta a regra ao caso concreto. Conseqüentemente à indeterminação, surge a subjetividade.

Já as regras caracterizam-se pela determinação ao estabelecer claramente, em abstrato, o que é permitido, proibido e obrigatório, visando à coordenação entre as pessoas. Por isso o uso dos princípios não dispensa a regra. Não deve haver mais princípios ou mais regras, eles se complementam, o que há é uma discussão quanto à maior utilização dos princípios como flexibilizadores das regras. O princípio servirá de razão excludente quando a regra não for cumprida, e isso porque a regra é objetiva e não permite flexibilizações, pois trata do caso em abstrato, enquanto os princípios, embora mais abstratos, tratam da concretização da regra considerando-se as condições do caso concreto.

A vantagem da regra está na objetivação de interesses e na impessoalização do Direito. Por outro lado, a sua aplicação pura e simples, sem estar em conformidade com os princípios, causa injustiças na prática. Por isso, os princípios constitucionais vêm servindo como instrumento de sistematização do Direito, acarretando a constitucionalização de diversas áreas, notadamente a do Direito Privado. Os princípios não pretendem previsibilidade ou inteligibilidade, mas a instituição de valores na aplicação da regra. Portanto, a regra concretiza o princípio, e o princípio vem a adequar a regra ao caso concreto.

A distinção entre regras e princípios na chamada Teoria das Normas, inicialmente, baseou-se no critério de abstração, afirmando que embora ambos possuam, os princípios têm em maior grau, estabelecendo diferença meramente quantitativa. Após análises mais aprofundadas, percebeu-se que mais do que possuírem as mesmas propriedades em graus diferentes¹⁷³¹, princípios e regras possuem propriedades diversas. Passa-se a propor, a partir dos estudos de Claus Wihelm Canaris, uma distinção qualitativa entre elas.

¹⁷³⁰ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 108.

¹⁷³¹ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 111.

Sobre este assunto - que aqui não se pretende aprofundar – surgem as teorias do inglês Ronald Dworkin e do alemão Robert Alexy¹⁷³² que trazem novos critérios de distinção. Passa-se a entender que a diferença entre as normas está na possibilidade de flexibilização, na medida em que as regras são mais rígidas (nas palavras de Dworkin¹⁷³³: “*all or nothing*”, isto é, tudo ou nada) enquanto os princípios permitem uma ponderação por meio de regras de prevalência, isto é, são mais elásticos. As regras, normalmente¹⁷³⁴, se excluem quando há conflito (quando se aplica uma, não se aplica outra) os princípios se complementam. São diferentes os modelos de colisão. Nas regras, os conflitos são abstratos, necessários e no plano da validade; nos princípios, o conflito é contingente. Os princípios levam em conta adequação, necessidade e proporcionalidade. A grande complicação é conferida à aplicação das normas, visto que elas mesmas não determinam como isso se dará. Entra aí a discussão quanto aos limites de tolerância.

Hodiernamente, tem-se usado os princípios com grande frequência. A aplicação excessiva deve-se à aparente oscilação do Direito quanto à aplicação de princípios e regras. Historicamente, visando trazer segurança jurídica, tentou-se empregar a regra sem maior reflexão pelo aplicador, ou seja, a regra pela regra, sem pensar sobre ela, impondo o que estava previsto em abstrato para caso concreto. Como exemplo, temos a rigidez da visão do juiz como a boca da lei na França, o nazismo na Alemanha¹⁷³⁵, o fascismo na Itália, etc. Aplicava-se a regra sem refletir sobre a justiça no caso concreto.

Por outro lado, a aplicação exagerada dos princípios, em total detrimento da regra, traz absoluta insegurança, na medida em que possibilita tratar desigualmente iguais e igualmente desiguais, quase incentivando a arbitrariedade ao impor uma abstração absoluta. Do positivismo ao particularismo, passando pelo positivismo presumido e o particularismo sensível, tentamos encontrar o meio termo.

¹⁷³² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

¹⁷³³ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. 6ª tir. London, Duckworth, 1991.

¹⁷³⁴ Sem olvidar, evidentemente, do diálogo das fontes.

¹⁷³⁵ O Nazismo, assim como o Comunismo nas Repúblicas Soviéticas, chegavam a legitimar atrocidades ao prevê-las em seu ordenamento jurídico não permitindo que se fugisse das posições ideológicas do “partido” em função impossibilidade de opor-se a previsão legal e constitucional de tais violações aos direitos humanos. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 129 a 131.

No Brasil, a frequente inconstitucionalidade das regras levou a comunidade jurídica a socorrer-se dos princípios. O Poder incumbido da aplicação de normas, portanto, dos princípios, é o Judiciário. A consequência lógica é o atual abarrotamento dos tribunais com enxurradas de processos, nos quais o juiz deverá ponderar a regra e o suporte fático, fazendo-o por meio de princípios. A possibilidade do controle difuso de constitucionalidade exige ainda mais dos juízes, que se esforçam para dar conta das intermináveis demandas judiciais.

Outro efeito das falhas no poder legislativo é, como se tem visto nos Tribunais Superiores, a grande demanda de Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Nas situações em que é declarada a inconstitucionalidade, torna-se pior, pois resta um vazio legislativo que muitas vezes não é preenchido pelo Poder Legislativo nem mesmo em casos extremos, com determinação em Mandado de Injunção.

A fim de solucionar tal problema, o Supremo Tribunal Federal têm se manifestado, dando interpretações de acordo com a Constituição que extrapolam seus limites de competência, gerando a possibilidade de o Judiciário praticamente legislar. A consequência mais grave está na aniquilação do controle heterogêneo, isto é, quem faz as leis é o mesmo que as aplica. Um verdadeiro atentado ao princípio da separação dos poderes.

Entretanto, no caso do superendividamento, não restam alternativas senão contar com a jurisprudência como aliada no seu combate. Os princípios tornam-se adequados ao tempo e lugar, impedindo, pois, o anacronismo das leis.

É através dos princípios constitucionais que se torna possível proceder a uma reconstrução constitucional do direito civil, tal como propõe Pietro Perlingieri, pois a função dos princípios, enquanto tais, é precisamente a de integrar e conformar a legislação ordinária à Lei Fundamental.¹⁷³⁶

Assim, a visão constitucional do direito privado permite uma interpretação do Código Civil em que prevaleçam as diretrizes da Constituição Federal.

Em suma, a sistemática atual é predominantemente dedutiva, mas dá larga margem para que se possa pensar casuisticamente, do que pode resultar a descoberta de novos princípios e a formação de novos institutos. E assim é porque o princípio da codificação, embora possa ter a virtualidade de revogar todas as normas que conflitaram com o novo código não terá essa grande ab-rogação a virtude de

¹⁷³⁶ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 138.

revogar, também todos os princípios jurídicos, mormente aqueles considerados fundamentais.¹⁷³⁷

“A releitura constitucional do direito civil fundamenta-se, assim, no reconhecimento da eficácia normativa dos princípios e na conseqüente ordenação sistemático-constitucional do direito positivo.”¹⁷³⁸ Deste modo, a ideia é defender uma hermenêutica que parta sempre dos princípios para garantir a isonomia no caso concreto, eis que “O princípio da igualdade, no entanto, mostra-se insuficiente se não acrescido de um conteúdo material, que defendemos como sendo o imperativo da não-exclusão.”¹⁷³⁹

Durante longos anos reinou soberana a vontade contratual, consubstanciada a força obrigatória do contrato na justiça pela vontade livre, postulado clássico *pacta sunt servanda*, que repelia o espírito do juiz de intervenção no regramento contratual. Desfeita as ilusões da vontade soberana e da igualdade formal como instrumento de justiça, o juiz assume hoje importante papel no regramento contratual, pois integrador, construtor dos sentidos dos termos legais.

[...]

Efetivamente o juiz assume um “papel criador”.

[...]

Assim, no exercício de suas funções o juiz interpreta, integra, readapta e modifica o conteúdo contratual, tudo para garantir a eficiência da operação econômica e a concretização dos valores da ordem pública constitucional que conformam o justo e o útil contratual.¹⁷⁴⁰

A “jurisprudência dos valores” tem se valido dos princípios como estruturadores e unificadores do sistema¹⁷⁴¹, reavaliando a importância de determinados valores presentes no direito e dando sentido prático à letra fria da lei, escrita para casos em tese.

Importa destacar as palavras do sempre atual mestre grego, Aristóteles, quando afirma que uma lei sempre terá caráter geral e, por isso, segue os casos mais comuns. Na aplicação da lei, é necessário, contudo, que se adapte a fórmula geral ao caso concreto:

A razão disto é que toda lei é universal, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nos casos, portanto, em que é necessário estabelecer regras gerais, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei leva em consideração o caso mais freqüente, embora não ignore a

¹⁷³⁷ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 80.

¹⁷³⁸ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 279.

¹⁷³⁹ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 280.

¹⁷⁴⁰ CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 274-280.

¹⁷⁴¹ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 170 e 171.

possibilidade de erro em conseqüência desta circunstância (...) Deste modo, a natureza do equitativo é uma correção da lei quando esta for deficiente em razão de sua universalidade.¹⁷⁴²

Ou seja, se para fazer o justo, em um caso concreto, for necessário adaptar a lei civil, que se faça uma releitura do dispositivo, abrangendo ou restringindo sua aplicação. Plínio Melgaré critica o legalismo, fruto da excessiva importância dada ao direito positivado, em detrimento de sua interpretação conforme os princípios fundamentais, que constituem parte extremamente importante do Direito visto como um todo:

Pensar em um estado apenas como uma organização adequada à lei não corresponde às hodiernas exigências de um Estado de Direito materialmente constituído, mas sim um regresso ao Estado de legislação, forjado pelo típico legalismo moderno-iluminista, em que o Direito era sinônimo de lei – e esta, a única fonte daquele. Na esteira do considerado, um Estado submetido ao Direito será aquele instruído e ajustado a princípios transcendentais à ordem jurídica positivada – portanto, indisponíveis às estruturas dos poderes –, determinantes e constituintes da intencionalidade axiológica do próprio Direito.¹⁷⁴³

Nos países do *common law*, chega-se mais longe, permitindo-se o completo afastamento da lei para que se faça justiça. A noção de equidade confunde-se com a de justiça pura no instituto da *equity*, que serve de substituto da lei, quando necessário. Esta figura do direito britânico afasta o *common law*, principal fonte do direito, para a efetiva realização da justiça, sempre que a aplicação da lei possa levar à injustiça.¹⁷⁴⁴ Não se pretende aqui defender tamanha liberdade aos julgadores, basta que adaptem a lei (e não a afastem, podendo julgar de maneira contrária ao texto legal como fazem os britânicos), julgando sem se opor, e, sim, contornando a lei de modo a não causar injustiças. Exemplo disso ocorre quando o juiz deixa de exigir um dos requisitos mencionados na lei porque percebe que sua exigência inviabilizaria o pedido do autor, e o julgamento de improcedência, em razão da falta deste requisito, causaria uma evidente injustiça, fruto de formalismo que, ainda que faça sentido no caso em abstrato (lei), não o faz no caso concreto.

¹⁷⁴² ARISTÓTELIS. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005. p. 125.

¹⁷⁴³ MELGARÉ, Plínio. Um olhar sobre os direitos fundamentais e o estado de direito – breves reflexões ao abrigo de uma perspectiva material. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Jurisdição e direitos fundamentais**: anuário 2004/2005. – Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006. p. 195.

¹⁷⁴⁴ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Superendividamento: propostas para um estudo empírico e perspectiva de regulação. In: MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado**: Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 320.

Atenta à necessidade de se fazer justiça no caso concreto, a jurisprudência tem aplicado dispositivos do CDC às relações entre privados, em que fique clara a posição privilegiada de uma das partes e a vulnerabilidade da outra. Em homenagem ao diálogo das fontes, assim como dispositivos, previstos no CC, mais benéficos aos consumidores são aplicados em relações de consumo em detrimento do CDC, também o CDC pode ser usado como forma de manter a atualidade do CC, cujo projeto remonta a 1975, conforme já foi mencionado. Em face dessa possibilidade, é viável, a partir do art. 29 do CDC, que equipara a consumidores as pessoas “expostas às práticas comerciais”, estender certas proteções previstas aos consumidores, ao particular vulnerável, tais como a revisão dos contratos com base no superendividamento de uma das partes, quando este estiver em posição de vulnerabilidade. Está-se, assim, “abrindo um novo campo de combate aos abusos do poder econômico cometidos contra pequenos empresários ou profissionais-vulneráveis, na perspectiva de um equilíbrio geral do mercado.”¹⁷⁴⁵

Dito isso, percebe-se que os princípios são a ferramenta perfeita para revisar contratos particulares firmados por superendividados, pois permitem a ampliação da letra da lei fazendo justiça no caso concreto. Isso poderá ser feito desde que se tenha absoluto cuidado e não se exagere na aplicação desses princípios como flexibilizadores da regra do Código Civil, o que acarretaria a injustiça no outro sentido. O que se pretende é unicamente reequilibrar o contrato e permitir que o credor receba seu crédito, desde que se limite ao que o devedor pode pagar sem abrir mão de sua dignidade, e que o devedor pague ao que se comprometeu na medida de sua possibilidade. Tudo isso somente em casos em que o devedor esteja de total boa-fé¹⁷⁴⁶, dando-se preferência para o parcelamento antes da extinção parcial das dívidas, adequando a intensidade da intervenção à situação fática¹⁷⁴⁷ com toda a atenção para também proteger o credor, que nesta situação, é, igualmente, um particular que depende deste crédito. A finalidade da revisão, além de salvaguardar a dignidade do devedor, também é garantir a satisfação do crédito, ainda que somente em parte, em alguns casos.

¹⁷⁴⁵ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 53.

¹⁷⁴⁶ “A novidade está, precisamente, na tentativa de entrever na incidência do princípio da boa-fé a impreterível conformação do direito contratual aos princípios constitucionais, uma vez que o contrato deixa de ser considerado como um ‘instrumento economicamente neutro’, porquanto ‘seus efeitos transcendem a privacidade das partes’, devendo ser, por isso, diretamente informado pelo ‘quadro axiológico do direito civil-constitucional’.” NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 190.

¹⁷⁴⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução Ingo Wolfgang Salet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 72.

6.3 (In) possibilidade de utilização do superendividamento como fundamento para a revisão de contrato por fato superveniente

A partir dos elementos: revisão contratual do CC, superendividamento no direito privado e direitos fundamentais, pode-se afirmar que é possível uma nova leitura dos dispositivos legais que tratam sobre o assunto, a fim de permitir a elaboração de plano de pagamento cuja quitação seja viável.

Interessa lembrar o clássico “O Mercador de Veneza”¹⁷⁴⁸, ou, no original “*The Merchant of Venice*”, de William Shakespeare, cuja narrativa aproxima-se do assunto enfocado neste trabalho. Na obra, escrita por volta de 1564, discute-se a possibilidade de exigir o cumprimento dos pactos a todo o custo, em contrapartida à flexibilidade do que fora contratado, quando fato superveniente acomete o devedor. Claro que, em se tratando de uma obra literária, alguns exageros - que tornam a história interessante enquanto peça -, desviam a discussão da realidade, mas, de qualquer modo, o centro da narrativa compõe-se de um devedor pobre em função de uma tragédia, e de um credor que deseja o cumprimento da lei acima de todas as coisas.

Na história, o personagem Bassânio, movido pelo desejo de se casar com a bela e rica herdeira Pórcia, pede que Antônio, seu amigo mercador, tome empréstimo valendo-se de seu nome, já que possuía barcos, enquanto Bassânio era pobre. O empréstimo é requerido a Shylock, judeu que fora destrinado pelos tomadores e desafeto de Antônio, pois este emprestava dinheiro sem cobrar juros, o que reduzia o seu lucro. Shylock vê no empréstimo a possibilidade de vingar-se. O crédito de três mil ducados é cedido com a condição de que fosse dado em garantia uma libra da carne de Antônio. Bassânio conquista Pórcia ao escolher o cofre de chumbo deixado pelo falecido pai da moça, no intuito de selecionar o marido correto, em vez de os de ouro e prata como fizeram os outros pretendentes. Os barcos de Antônio naufragam e, em função deste fato superveniente e onerador, Antônio não conta mais com dinheiro para saldar a dívida.

¹⁷⁴⁸ SHAKESPEARE, William. **O mercador de Veneza**. Tradução Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2008.

TUBAL - Vieram diversos dos credores de Antônio junto comigo para Veneza que juraram que ele não tem escolha senão pedir a falência.

SHYLOCK – Fico muito contente. Vou atormentar Antônio, vou torturar Antônio. Fico feliz com isso.¹⁷⁴⁹

[...]

BASSÂNIO - "Querido Bassânio, todos os meus navios naufragaram, meus credores ficam cada vez mais cruéis, meus bens materiais agora são escassos. Minha promissória com o judeu está vencida e, uma vez que, para pagá-la, me é impossível continuar vivo, todas as dívidas entre mim e você estarão quitadas se eu puder vê-lo antes de morrer. Contudo, siga o seu coração: se seu amor por mim não persuadi-lo a voltar, esta carta não está pedindo que você volte."¹⁷⁵⁰

Vencida a nota promissória, o judeu cobra, na Corte de Veneza, a libra de carne que pretende tirar do coração de Antônio, no nítido intento de matá-lo ao amparo da lei.

SHYLOCK – Carcereiro, cuida bem dele. E não me venhas falar de misericórdia. Este é o bobalhão que empresta dinheiro sem cobrar juros. Carcereiro, cuida bem dele.

[...]

ANTÔNIO – Eu te peço, escuta o que eu tenho a dizer.

SHYLOCK – Vou cobrar a minha promissória. Não vou escutar o que tens a dizer. Vou cobrar a minha promissória; portanto chega de falar. Ninguém vai fazer de mim um otário, um frouxo, para balançar a cabeça, amolecer, suspirar e ceder a intercessores cristãos. Nem penses em me seguir! Não quero saber de conversa, eu quero é que se cumpra a minha promissória.

SALARINO – Este é o mais impermeável cachorro que já fez companhia aos homens.

ANTÔNIO - Deixai-o em paz. Não vou mais incomodá-lo com súplicas inúteis. Ele quer que eu pague com a vida, e eu sei bem por que razão: muitas vezes livre das multas dele muitos que vez ou outra vinham se queixar comigo; portanto, ele me tem ódio.¹⁷⁵¹

Enquanto todos esperam que Shylock tenha um mínimo de compaixão e desista de cobrar a dívida do homem que sofreu com uma fatalidade e, por isso, não honrara a dívida, o judeu vai até o fim exigindo seu pagamento.¹⁷⁵²

DOGE – Em muito lamento por ti. Vieste para defender-te diante de um adversário duro como pedra, uma criatura desumana, incapaz de compaixão, vazio e esvaziado de todo e qualquer vestígio de misericórdia.

¹⁷⁴⁹ SHAKESPEARE, William. **O mercador de Veneza**. Tradução Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2008. p. 75 e 76.

¹⁷⁵⁰ SHAKESPEARE, William. **O mercador de Veneza**. Tradução Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2008. p. 87 e 88.

¹⁷⁵¹ SHAKESPEARE, William. **O mercador de Veneza**. Tradução Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2008. p. 88 e 89.

¹⁷⁵² “‘Invoco a lei!’ Com estas palavras o poeta retratou de forma tão adequada a verdadeira ligação entre o direito subjetivo e o direito objetivo e o significado real da luta pelo direito que não poderia ser excedido por nenhum filósofo do direito. Face a elas o litígio não mais envolve uma simples pretensão jurídica de Shylock; transforma-se numa questão que põe em jogo o próprio direito de Veneza.” VON IHERING, Rudolf. **A luta pelo direito**; introd. de Roberto de Bastos Lellis. Rio de Janeiro, Liber Juris, 1987. p. 76.

[...]

DOGE – Abram espaço, deixem-no chegar diante de nós. Shylock, o mundo pensa, e eu também penso, que tu só vais levar esta modalidade de teu ódio até o último minuto desta encenação, e então, acredita-se, tu vais mostrar tua misericórdia e tua compaixão de modo tão notável quanto agora é surpreendente, bizarra e extravagante a tua aparente crueldade. Em vez de cobreres a multa, que é uma libra de carne deste pobre mercador, tu vais não só esquecer a multa, mas, tocado por amor ao próximo e bondade humana vais perdoar uma parcela da dívida principal, lançando um olhar de piedade sobre as perdas dele, que nestes últimos dias amontoaram-se sobre seus ombros, o suficiente para massacrar até mesmo um inveterado mercador e, neste estado, para arrancar comiseração de corações empedernidos, de turcos teimosos, de tártaros jamais treinados no ofício da gentileza cortês. Estamos todos esperando de ti, judeu, um posicionamento gentil.¹⁷⁵³

Mesmo quando Bassânio se propõe a pagar dezenas de vezes o valor da dívida com o dinheiro da então esposa, Pórcia, o judeu se nega a receber, exigindo a garantia prevista na nota.

BASSÂNIO – Sim, tenho aqui dinheiro vivo para ele, nesta sala de Tribunal, sim, o valor em dobro; se não for suficiente comprometo-me a pagar dez vezes o valor da multa com minhas mãos, minha cabeça, meu coração. Se isso não bastar, parece-me que a maldade está massacrando a integridade. E eu lhe peço para moldar a lei à sua autoridade esta uma única vez; para fazer um enorme bem, faça um mal mínimo e imponha limites à crueldade do propósito deste demônio.¹⁷⁵⁴

Para salvar o amigo, Pórcia, que já estava apaixonada por Bassânio, veste-se de homem fazendo-se passar pelo jurista Belário de Pádua e defende Antônio dizendo que Shylock teria direito tão somente a uma libra da carne do mercador, mas não teria direito a uma gota de seu sangue. Assim, se Shylock lhe tirasse sangue, pelas leis de Veneza, todos os seus bens passariam para o Estado. Naquele momento, Shylock desiste de tirar a vida de Antônio e pede que lhe seja paga a dívida em dinheiro. Pórcia, disfarçada, acrescenta que, na condição de estrangeiro, por ter atentado contra a vida de um dos membros da comunidade de Veneza, deveria dar a metade de seus bens a quem pretendia matar, e a outra metade passaria aos cofres públicos, ficando a cargo do Doge a decisão de matá-lo ou não. A situação inverte-se, surgindo a possibilidade de se matar o judeu sem ferir a lei. Doge, entretanto, perdoa-o. Antônio então pede a Corte que lhe perdoem a metade da dívida e que ele transferiria, quando da morte de Shylock, a metade que lhe tocara, para Lourenço, rapaz apaixonado, que raptara Jessica, a filha do judeu, desde que este se convertesse em cristão. É-lhe, então, aplicada a pena.

¹⁷⁵³ SHAKESPEARE, William. **O mercador de Veneza**. Tradução Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2008. p. 97 e 98.

¹⁷⁵⁴ SHAKESPEARE, William. **O mercador de Veneza**. Tradução Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2008. p. 105.

Evidentemente a licença literária permite que se utilizem exageros, quase que de modo metafórico. Conforme afirma Iheringm em análise jurídica da obra¹⁷⁵⁵, a promissória seria nula¹⁷⁵⁶, caso tratássemos da peça como vida real, mas este final impediria o debate sobre até que ponto é correto exigir a aplicação fria da lei. A moral da história é demonstrar o quão errado e cruel é cobrar de quem, por uma fatalidade, ficou pobre, ainda que a lei o permita. Nos dizeres de Paulo: “nem tudo que é lícito é honesto”.

Se na literatura há essa preocupação, também o Direito deve se ocupar do tema.

A partir de leitura exegética de nossas leis, a exemplo dos decretos de Veneza da obra Shakespeariana, e substituindo-se a poética libra da carne por uma dívida em dinheiro, também no Brasil, Antônio correria o risco de ter de pagar sua dívida com o judeu Shylock, pois a pessoa física não conta com qualquer proteção expressa no ordenamento jurídico brasileiro no tocante ao superendividamento. Socorrer-se-ia dos princípios para a correta aplicação do CC.

Isso porque, embora muitos sejam os requisitos previstos no CC, fazendo-se uma leitura atenta dos artigos que preveem a onerosidade excessiva aos contratos entre particulares

¹⁷⁵⁵ Ihering faz o contraponto afirmando que: “A grande tragédia do seu destino não consiste na denegação do seu direito, mas antes no fato de que ele, um judeu da Idade Média, está imbuído da fé no direito – quase diríamos, tal qual um cristão. É uma fé inquebrável, uma fé que nada neste mundo pode abalar, uma fé alimentada pelo próprio juiz – até que, com a fúria de um temporal, desaba sobre sua cabeça a catástrofe que o arranca do reino das ilusões e lhe traz à consciência o fato de que não passa de um judeu da Idade Média, num proscrito, cujo direito é defraudado no mesmo instante em que é reconhecido.” VON IHERING, Rudolf. **A luta pelo direito**; introd. de Roberto de Bastos Lellis. Rio de Janeiro, Liber Juris, 1987. p. 77. Mas o mesmo autor, ao desejar que suas palavras não sejam distorcidas, aduz em prefácio à sua obra, que é necessário que se lute sempre que haja um risco de agressão à pessoa humana: “A verdade é que não invoco a necessidade da luta pelo direito em todo e qualquer tempo, mas apenas naqueles casos em que a agressão ao direito representa um desrespeito à pessoa humana. VON IHERING, Rudolf. **A luta pelo direito**; introd. de Roberto de Bastos Lellis. Rio de Janeiro, Liber Juris, 1987. p. 4.

¹⁷⁵⁶ “Mas, se quiséssemos submeter a mesma à crítica do jurista, este só poderia concluir que o título de Shylock era nulo, por conter uma disposição contrária à moral; por isso mesmo o juiz deveria ter-lhe negado validade desde logo. Se não o fez, se apesar de tudo o ‘sábio Daniel’ reconheceu a eficácia do título, usou ele de um estratagema miserável, cometeu uma rabulice lamentável, quando recusou ao homem a quem tinha concedido o direito de corta uma libra de carne de um corpo vivo a faculdade de derramar o sangue indissolivelmente ligado à mesma. Com igual razão um juiz que reconhecesse uma servidão de trânsito a favor de alguém poderia proibir ao titular que deixasse rastros de pés no respectivo terreno, sob o fundamento de não ter sido esse direito consignado no respectivo título. Quase chegamos a acreditar que a história de Shylock se tenha passado nas épocas mais antigas de Roma. É que os redatores da Lei das Doze Tábuas julgaram necessário deixar expresso que, quando se tratasse da dilaceração do corpo do devedor (in partes secare) pelo credor, este teria plena liberdade de fixar o tamanho dos pedaços de carne. (Si plus minusve secuerint, sie – fraude esto!)” VON IHERING, Rudolf. **A luta pelo direito**; introd. de Roberto de Bastos Lellis. Rio de Janeiro, Liber Juris, 1987. p. 76-77. Nota 13.

iguais, pode-se perceber que em nenhum momento há exclusão da revisão em face da falência de uma das partes, ocorrida em virtude de um acontecimento extraordinário.

Quanto ao art. 478, apenas a exigência da imprevisibilidade do evento causador da excessiva onerosidade e da vantagem exagerada para a outra parte pode não estar presente em caso de revisão dos contratos pelo superendividado, tal qual qualquer revisão com base no aumento do valor da prestação. Entretanto, estes requisitos podem deixar de ser impostos pelo magistrado, com base nos princípios constitucionais, bem como nas inúmeras críticas que lhes podem ser feitas, a exemplo das referidas neste trabalho.

Também os arts. 479 e 480 não impedem a revisão sob hipótese de superendividamento, como ainda permitem a revisão em vez da resolução, o que interessa mais, tanto ao credor quanto ao devedor superendividado.

Assim, todas as exigências criadas por quem não é legislador, não podem ser impostas. Afirmar que a onerosidade excessiva deve ser decorrente de aumento no valor da prestação e não diminuição da capacidade de reembolso do devedor, ou que o acontecimento extraordinário deva ter atingido a mais pessoas, ou ainda que circunstâncias pessoais não podem servir de fato alterador das circunstâncias fáticas, são requisitos que não estão na lei e por isso não podem servir de entrave à revisão dos contratos pelo superendividado.

Quanto ao art. 317, este talvez não comporte este tipo de revisão porque fala em assegurar o “valor real da prestação”, isto é, ele busca a equivalência entre o valor da prestação no momento da celebração e da execução, o que não é o caso do superendividado, para o qual a onerosidade excessiva decorre de diminuição na sua capacidade financeira e não do aumento no valor da prestação.

Nada, no entanto, impede o juiz de fazer uma leitura constitucional de típica “cláusula aberta” a fim de aplicá-la em revisão de contrato, em caso de superendividamento de uma das partes. Tudo o que está sendo dito nesta pesquisa serve de fundamento para esta decisão. A inexistência de lei que expressamente permita este tipo de revisão não é motivo para concluir que a revisão dos contratos pelo superendividado é inviável no direito brasileiro, pois este é um Código de cláusulas abertas, cujas interpretações permitem aos julgadores

buscar a efetiva justiça no caso concreto em detrimento de uma aplicação mecânica irracional. Sobre isto, Fachin e Ruzyk assim se posicionam:

Essa leitura se reflete na solução de casos concretos pelo Judiciário em vez de uma problematização tópica que busque, na ordem principiológica constitucional, a melhor solução, à luz dos direitos fundamentais, não raro se busca a solução mecanicista de subsunção do fato à solução preestabelecida pelo modelo de relação jurídica codificado. Tal proceder pode gerar ofensa a direitos fundamentais decorrentes da cega aplicação da “solução” positivada no modelo ou, mesmo, da ausência de modelos, excluindo a possibilidade de reconhecimento de direitos onde estes se fazem necessários. É um dos modos pelos quais o direito pode gerar vítimas, afastando-se de uma direção emancipatória.

[...]

O que se deve é examinar as possibilidades concretas de que o Direito Civil atenda a uma racionalidade emancipatória da pessoa humana que não se esgote no texto positivado, mas que permita, na porosidade de um sistema aberto, proteger o sujeito de necessidades em suas relações concretas, independente da existência de modelos jurídicos. O modelo é instrumento, e não um fim em si mesmo. Por isso, ele não deve esgotar as possibilidades do jurídico, sob pena de o direito se afastar cada vez mais das demandas impostas pela realidade dos fatos.¹⁷⁵⁷

Não se pode dizer necessário lei específica de falência da pessoa física, e simplesmente aguardar por isso não serve para uma situação tão grave e atual. Contamos com um sistema de revisão dos contratos e a recuperação judicial dos superendividados é basicamente fundada na renegociação e na revisão de pactos firmados. Basta que se faça a interpretação correta da lei para que seja possível tratar os superendividados com os instrumentos de que o ordenamento jurídico brasileiro disponibiliza. Não é necessário lei que autorize¹⁷⁵⁸ expressamente a revisão face ao superendividamento de um dos contratantes¹⁷⁵⁹, porque a aplicação de direitos fundamentais é imediata, independe de lei¹⁷⁶⁰, conforme prevê o art. 5º § 1º da CF.

Outra questão apontada, que é empecilho à revisão por onerosidade excessiva com base no superendividamento, está no argumento de que as teorias que fundamentam a *rebus*

¹⁷⁵⁷ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 99-102.

¹⁷⁵⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução Ingo Wolfgang Salet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 41.

¹⁷⁵⁹ Bem como para que se estabeleça um mínimo existencial, como bem afirma Ingo Sarlet: “Dito isso, o que importa, nesta quadra, é a percepção de que a garantia (e direito fundamental) do mínimo existencial independe de expressa previsão constitucional para poder ser reconhecida, visto que decorrente já da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana.” SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídicas-privadas. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (coord.); LONGO, Luís Antônio (coord.). **A constitucionalização do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008. p. 133.

¹⁷⁶⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução Ingo Wolfgang Salet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 28 a 32.

sic stantibus não admitiriam a revisão quando o fato superveniente envolvesse circunstâncias pessoais. Ocorre que, repita-se, a lei não faz essa ressalva. Em nenhum dos artigos do CC é mencionado esse requisito. E ainda que se diga que o fato afetou a economia do contratante e não do contrato, há que se ter a noção de que uma relação contratual possui uma parte subjetiva (contratantes) e outra objetiva (contrato), qualquer desses elementos, quando afetados em sua economia, causarão a onerosidade excessiva. O juiz deve, no caso concreto, estabelecer limites a esta circunstância pessoal, até mesmo porque não há como estabelecer um conceito fechado face à subjetividade do termo. O julgador ponderará até que ponto é certo impedir que se revise o contrato de um superendividado em decorrência da subjetividade do evento alterador das circunstâncias fáticas.

E mais, a capacidade econômica mínima de um dos contratantes, ainda que circunstância pessoal, é condição essencial para o cumprimento do contrato. Se supervenientemente à celebração de determinado pacto, sobreveio a impossibilidade financeira por motivo de falência, fazendo com que o cumprimento da obrigação acarrete onerosidade excessiva ao superendividado, pois já não mais possui - como possuía quando da celebração - condições financeiras suficientes para adimplir aquele valor, estamos diante de uma causa de revisão ou resolução do contrato por fato superveniente alterador das circunstâncias fáticas, que causará excessiva onerosidade ao falido em caso de cumprimento forçado. Mais do que isso, se o indivíduo está falido, a excessiva onerosidade atentará contra seus direitos fundamentais de manutenção das necessidades básicas de sobrevivência. Eis o superendividamento como hipótese de revisão pela cláusula *rebus sic stantibus*.

E não se diga que o equilíbrio do contrato não foi afetado, pois tanto o extraordinário aumento no preço do bem, quanto a radical diminuição na capacidade financeira de um dos contratantes, desequilibram o contrato ao tornar o adimplemento excessivamente oneroso. Trata-se de dois pontos de vista que provocam a modificação nas circunstâncias contratuais. Ora, se quando da celebração, o contratante aceitou pactuar nos termos do contrato, é porque sua capacidade financeira e o valor a ser pago pelo objeto estavam alinhados. Tanto se o valor contratado aumentar, quanto se a capacidade de pagamento deste valor diminuir, se desalinharão estes elementos, provocando a excessiva onerosidade.

Por exemplo, quem tinha um ativo (ainda que futuro, desde que certo) de R\$10.000,00 e se propõe a pagar R\$7.000,00 por um bem que necessita (uma moto, por

exemplo), alinhou sua capacidade de reembolso ao valor do objeto da compra. Se por fato superveniente, o valor do bem passar a R\$20.000,00, não mais haverá equilíbrio. Da mesma forma, se um fato reduz o ativo do contratante a zero (ou a um valor negativo), configurando o superendividamento, não poderá mais o contratante arcar com R\$7.000,00 por um bem que, na atual conjuntura, tornou-se supérfluo, já que sua preocupação principal, agora, é alimentar a si e a sua família. Assim, surgem duas alternativas: resolver o contrato e retornar ao *status quo ante*, ou, se o juiz acreditar, ao analisar a situação financeira do superendividado, que este poderá vir a arcar com determinado valor futuramente, dilatar o prazo, aumentar as prestações e talvez, para manter a contratação, até reduzir o valor do juro e da cláusula penal, sempre atentando para o limite de sacrifício do credor, pois o próprio art. 51, § 2º do CDC afirma que não pode haver ônus excessivo a nenhuma das partes.

Desta forma, o equilíbrio contratual (equivalência das prestações)¹⁷⁶¹ compõe-se da proporção entre as prestações de ambas as partes (equivalência na comparação entre a onerosidade da prestação de um contratante e a do outro), entre o valor estipulado na celebração e na execução (equivalência entre o valor da prestação conforme pactuado e o efetivamente devido quando do surgimento do dever de adimplemento) e entre a possibilidade de adimplemento antes e depois do evento superveniente alterador das circunstâncias (equivalência entre a capacidade financeira de cada um dos contratantes quando da estipulação da prestação e quando do surgimento do dever de adimplemento). Tudo desde que de boa-fé e sem que haja culpa de nenhuma das partes na alteração destes parâmetros. O justo, o equilibrado, o razoável, no direito contratual, deve ser observado por vários prismas. A alteração substancial em qualquer desses itens provoca a onerosidade excessiva de uma das partes. Afirma Guilherme Zambrano, o equilíbrio contratual é “a concretização jurídica da noção popular de que um negócio, para ser bom, deve ser bom para todos os envolvidos.”¹⁷⁶² E acrescente-se: se a diferença entre as prestações, o aumento de uma delas ou a diminuição da capacidade financeira de um contratante não forem substanciais, não há que se falar em revisão.

¹⁷⁶¹ D'AZEVEDO, Ana Rispoli. Os novos deveres dos contratantes na perspectiva do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 295.

¹⁷⁶² ZAMBRANO, Guilherme da Rocha. Os novos instrumentos de equilíbrio contratual. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 336.

Portanto, não se quer fazer assistência social com o direito contratual, motivo pelo qual deve ficar claro que não se está buscando o bem comum¹⁷⁶³ quando se pretende revisar contratos entre privados não consumidores em algumas situações, mas sim para preservar o equilíbrio contratual - já que o superendividamento de uma das partes torna a prestação excessivamente onerosa para este - bem como garantir os direitos básicos para qualquer ser humano.

Assim, mesmo que não se admita recorrer a CF para revisar contratos de sujeitos superendividados, basta que se faça a interpretação abrangente do sinalagma contratual para revisar tais pactos, baseando-se unicamente nas normas de direito civil. Isto porque a vontade do legislador não deve ser o único fator a ser levado em consideração no momento da interpretação, pois, considerando que as leis permanecem por muitos anos em vigor, os seus intérpretes têm o dever de se desvincular do objetivo inicial e dar um contorno atual para o texto a ser aplicado e adaptado ao caso concreto. Assim afirmava Clóvis do Couto e Silva, ao tratar do que chamou de “insolvência superveniente”:

É conquista relativamente recente na dogmática jurídica o princípio de que a vontade do legislador não prevalece na interpretação da lei, porque essa precisa adaptar-se às condições sociais. As leis, portanto, tendo destino duradouro, não podem ficar condicionadas a uma hipotética vontade de legislador e são adaptadas às situações de cada época. Nos contratos – na época em que prevalecia interpretação da vontade abstrata – o fenômeno era o mesmo. “Pacta sunt servanda” era princípio que não comportava exceção. O sistema de direito manifestava-se no que tocasse à interpretação de modo harmônico. Em se tratando de lei, vigorava a vontade do legislador e, no respeitante aos atos jurídicos, o princípio da vontade das partes. Colocava-se assim o ato jurídico completamente à margem da vida.¹⁷⁶⁴

A hermenêutica do Código permite adequar seu texto ao caso concreto através da razão. A norma geral é escrita para as situações em geral, sendo que a interpretação jurisdicional adapta o texto à situação específica em lide para que se racionalize (para que seja razoável, proporcional) a aplicação da lei.

Nesse emaranhado das noções de direito (positivo), economia e instituto jurídico (contrato), não se poderia manifestar senão a demonstração de que o direito (dos contratos) consiste menos em normas ditadas pela razão e mais na intervenção positiva e deliberada das forças políticas que exprimem o (os três poderes) Estado,

¹⁷⁶³ Até mesmo porque, como afirma Canaris: “(...) a exigência do bem comum ou do interesse público não desempenham, em regra, qualquer papel para a disciplina da relação entre os sujeitos de direito privado.” CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução Ingo Wolfgang Salet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 37.

¹⁷⁶⁴ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 132.

satisfazendo certos interesses e sacrificando outros que lhe sejam conflitantes [*O contrato*, 22].¹⁷⁶⁵

Assim, a leitura do Código Civil deve respeitar os novos horizontes do direito civil. Se a leitura da lei como sistema for feita como um todo, levando em conta todos os novos paradigmas trazidos pelo Código de 2002, poder-se-á perceber que ele aponta para o tratamento do superendividamento. É o que afirma Cláudia Lima Marques:

O novo Código Civil brasileiro, aprovado em 10.01.2002, reforça essa tese da necessidade de se pensar seriamente no Brasil sobre superendividamento (veja noções sobre lesão, boa-fé objetiva, função social do contrato, combate à onerosidade excessiva, rescisão ou resolução dos contratos onerosos, modificação de cláusulas penais, da indenização em caso de culpa concorrente, etc), (...)¹⁷⁶⁶

Essa nova visão do direito contratual aponta para o fato de que o contrato possui duas faces: uma econômica e outra social. A primeira é de extrema relevância, pois emana da própria natureza dos pactos, contudo, não se ocupa das consequências da simples garantia do tráfego jurídico e foca unicamente a propriedade privada como “expressão da liberdade e da personalidade humanas.”¹⁷⁶⁷ A função social surge para acompanhar a econômica, trazendo um tom mais humano às relações privadas. Tal perspectiva permite que seja mantida a função econômica ao mesmo tempo que se respeitem os direitos básicos dos cidadãos e se atinjam os objetivos sociais ligados à dignidade humana e redução das desigualdades.¹⁷⁶⁸ “Assim, ao mesmo tempo em que se considera o contrato como instrumento de circulação de riquezas, há que considerá-lo, também, como instrumento de proteção dos direitos fundamentais.”¹⁷⁶⁹

As funções se complementam a partir do momento em que o desenvolvimento econômico e a livre iniciativa são princípios fundamentais da República do Brasil, pois assim como faz o CDC - que protege o consumidor “sem comprometer o desenvolvimento

¹⁷⁶⁵ VANZELLA, Rafael. O contrato, de Enzo a Vincenzo. **Revista Direito GV** 2. v. 1, n. 2, jun./dez. 2005. p. 222.

¹⁷⁶⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 265 e 266.

¹⁷⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. **Temas de Direito Civil**. 3. ed., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2004. p. 219.

¹⁷⁶⁸ TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. **Temas de Direito Civil**. 3. ed., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2004. p. 219.

¹⁷⁶⁹ DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 92.

econômico da nação, indispensável ao bem-estar e ao progresso social de toda a comunidade”¹⁷⁷⁰ – também o tratamento do superendividado deve ampará-lo de modo a não comprometer o desenvolvimento econômico, ou seja, não se trata de passar a perdoar deliberada e irresponsavelmente as dívidas de todos os falidos individuais, mas sim proteger sua dignidade de modo a não acarretar “prejuízo algum para o programa de desenvolvimento econômico traçado constitucionalmente”.¹⁷⁷¹ Mesmo porque “o contrato é antes de tudo um fenômeno econômico. Não é uma criação do direito. Este apenas, conhecendo o fato inevitável na vida em sociedade, procura, ora mais, ora menos, impor certos condicionamentos e limites à atividade negocial.”¹⁷⁷², logo “o contrato nada mais é do que o instrumento de jurisdicização dos comportamentos e das relações humanas no campo das atividades econômicas, isto é, das atividades de circulação de riqueza.”¹⁷⁷³ Essa ponderação entre ordem econômica e social é possível na medida em que a manutenção do inadimplemento até que o superendividado tenha condições de pagar (se um dia terá) e a exclusão deste indivíduo desta ordem econômica, como já referido, não é benéfico para a economia do país. A revisão dos contratos pretende, justamente, encontrar um meio para o adimplemento e não pregar o inadimplemento.

Assim, há que se equilibrar as funções sem anular nenhuma, eis que a desconsideração da função econômica é tão maléfica quanto a desconsideração da social. A ideia da socialização do direito não é fazer assistencialismo ou caridade. É necessário ter cuidado para não usar a revisão dos contratos pelo superendividado como meio de assistência social, não é esse o intuito. Ainda que reflexamente ele acabe por ajudar aos mais pobres, a ideia é reequilibrar contratos, proteger a dignidade humana e recuperar judicialmente a vida financeira de indivíduos falidos.

A função social que se atribui ao contrato não pode ignorar sua função primária e natural, que é a econômica. Não pode estar anulada, a pretexto de cumprir-se, por exemplo uma atividade assistencial ou caritativa. Ao contrato cabe uma função social, mas não uma função de assistência social. Um contrato oneroso e comutativo não pode, por exemplo, ser transformado por revisão judicial, em negócio gratuito e benéfico.¹⁷⁷⁴
[...]

¹⁷⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 67.

¹⁷⁷¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 68.

¹⁷⁷² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 97.

¹⁷⁷³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 99.

¹⁷⁷⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 100.

Não é, pois, na liberdade do juiz de imaginar soluções extravagantes e incompatíveis com a destinação natural do contrato, transformando-o em instrumento de assistência social ou de caridade à custa do patrimônio alheio, [...]¹⁷⁷⁵

Por isso, ainda que se defenda a revisão dos contratos pelo superendividado, é necessário sempre ter em mente que devem ser utilizados mecanismos que tratem o falido com o mínimo de influência no contrato, por parte do Estado. O sentimento de pena despertado no julgador não pode cegá-lo a ponto de perdoar *pietatis causa* toda a dívida quando uma simples dilação do prazo permitiria o adimplemento. A análise do caso concreto dirá qual o melhor meio de enfrentamento do superendividamento, e a intervenção deve se dar na medida certa, assim como não pode ser proibida, não pode ser irresponsavelmente aplicada. O juiz não faz benemerência, faz justiça.

Pretende-se garantir que não se passe por cima da dignidade do devedor a pretexto dos supramencionados fins econômicos, citados por Humberto Theodoro Jr.. O mesmo autor refere que “o esquema econômico típico do negócio há de ser apreciado para aferir-se sua normalidade e sua compatibilidade com os princípios éticos a que a ordem econômica se amolda”.¹⁷⁷⁶

Ainda que somente a lei possa estabelecer os casos em que a força obrigatória dos pactos poderá ser rompida¹⁷⁷⁷, o ordenamento jurídico civil conta com dispositivos a permitir a revisão de contratos puramente civis. Por isso, é a partir da interpretação da lei (art. 478 a 480 e 317 do CC/02) à luz dos princípios constitucionais, que se pretende criar a exceção, nunca esquecendo que se trata de exceção. E não se está ignorando o direito positivo para permitir que o magistrado se torne fonte primária de norma jurídica e julgue conforme sua ideologia, mas sim, buscando na visão constitucional e humana da lei civil, a concretização de princípios constitucionais.

Sobre o assunto, Riccardo Guastini afirma:

Un testo normativo, d'altro canto, è una sequenza di enunciati: di “disposizioni” normative, come si usa dire. A sua volta, un enunciato – una disposizioni – altro non è che una sequenza di parole di senso compiuto. Ora, un enunciato contenuto in una fonte *esprime* una norma (o, como sovente accade, più norme congiuntamente), ma

¹⁷⁷⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 107.

¹⁷⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 104.

¹⁷⁷⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 113 e 114.

non è una norma. La norma è non già l'enunciato stesso, ma il suo significato: il suo contenuto di senso, se così vogliamo dire. Ebbene, interpretazione è l'attività che consiste nel determinare il significato degli enunciati delle fonti (...).¹⁷⁷⁸

E Judith Martins-Costa complementa:

[...] as normas jurídicas não se confundem com o seu texto, ou enunciado normativo; que a sua leitura é conformada por um processo prévio, pré-compreensivo, de modo que a ciência jurídica, como um todo, só “*si costituisce contestualmente*”, estando, pois, tanto distante do enrijecido formalismo quanto da estéril exegese de regras, sempre pronta a negar a natureza normativa dos princípios.¹⁷⁷⁹

Não é tarefa fácil, mas o Estado deve, também através do direito, proteger a ordem econômica e reduzir as desigualdades sociais, tal como manda a CF e em respeito à já mencionada dimensão prestacional dos direitos fundamentais. Para tal, há que se fazer uma reinterpretação da isonomia formal que continua orientando as relações puramente civis, mas não necessariamente de maneira estanque, sem que se possa ponderar a debilidade de uma das partes no caso concreto. Em casos que envolvam um indivíduo falido de boa-fé, este está em posição de desvantagem, ainda que continue sendo tratado como igual ao outro contratante por se tratar de um contrato regido pelo Código Civil. Não se pode dizer que está em posição de vulnerabilidade, pois não se trata de relação de consumo, mas é possível afirmar que, pelo fato de não poder manter uma vida minimamente digna para si e sua família, o superendividado está em situação de fragilidade, e o intérprete da lei deve levar isso em consideração.

A nova visão do direito contratual não diferencia o tratamento de maneira mecânica, definindo apenas o tipo de relação, mas sim, protegendo o *contratante débil* e não simplesmente o *contratante consumidor*. O segundo estará sempre incluído no primeiro, tendo em vista a sua vulnerabilidade, mas nem sempre o primeiro se identifica com o segundo. Rafael Vanzella analisa os textos de Ropp e aduz:

¹⁷⁷⁸ Um texto normativo, por outro lado, é uma seqüência de instruções: as "disposições", como se costuma dizer. Por sua vez, um enunciado - disposição - é simplesmente uma seqüência de palavras com sentido. Agora, um enunciado contido em uma fonte expressa uma norma (ou, como muitas vezes acontece, mais de uma norma conjuntamente), mas não é uma norma. A norma não é a declaração em si, mas o seu significado: o seu conteúdo de significado, se pode dizer.

Bem, a interpretação é a atividade que consiste em determinar o significado das declarações das fontes (...). GUASTINI, Riccardo. **L'interpretazione dei documenti normativi**. Trattato di diritto civile e commerciale. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2004. p. 63.

¹⁷⁷⁹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 72.

Entretanto, a noção de proteção do contratante débil, por ter origem na força expansiva do regime dos contratos do consumidor, implica um modelo ao qual um número cada vez maior de situações fáticas pode ser reconduzido. Da proteção à posição (institucional) de consumidor passa-se à proteção à posição (institucional) de contratante débil, independentemente do papel que o agente econômico desempenha no mercado [*Il contratto del duemila*, 27, 52-53]. Não é mais a qualidade socioeconômica do contratante, mas sim a circunstância concreta na qual ele se encontra que determina a incidência de regras protetivas. No suporte fático destas, não as qualidades subjetivas, não uma debilidade definida legalmente *ex ante*, e sim a assimetria de poder contratual.¹⁷⁸⁰

Para a concretização do princípio da isonomia há que se avaliar todas as circunstâncias no caso concreto. Se lido de modo formalista, este princípio pode causar injustiças, por isso hoje ele se vincula à igualdade e à democracia, surgindo o “princípio da igualdade democrática”.¹⁷⁸¹ “Assim, retomando Canaris, o pensamento sistemático no Direito, porque decorrente do princípio da igualdade, radica no *valor democrático* da não-exclusão.”¹⁷⁸² Não que se possa dizer que há disparidade entre contratantes particulares, pois se trata de contrato entre iguais, no entanto, há que se reconhecer a fraqueza do indivíduo falido.

Embora jamais se chegue à igualdade absolutamente perfeita - eis que além do Direito ser uma ciência social e não matemática e, portanto, lide com seres humanos únicos, isto é, diferentes por natureza, também a distribuição de riquezas deve se realizar de acordo com os méritos de cada um¹⁷⁸³ - é necessário buscar igualar a situação fática, isto é, as condições de cada indivíduo naquela disputa individualmente, naquele caso concreto. Assim, se uma das partes lucrou por seus méritos, a princípio, merece receber seus créditos, mas se a análise do caso concreto demonstrar que quem deve, encontra-se em situação de debilidade financeira decorrente de fato superveniente de modo a comprometer sua vida digna e também sua capacidade de cumprir sua prestação, deverá o Direito intervir para garantir tanto a dignidade do devedor, quanto que o credor receba seu crédito, ainda que em valor menor em face da excessiva onerosidade que acarretaria a cobrança tal como prevê o contrato, e isto se faz por meio da revisão contratual.

¹⁷⁸⁰ VANZELLA, Rafael. O contrato, de Enzo a Vincenzo. **Revista Direito GV** 2. v. 1, n. 2, jun./dez. 2005. p. 224 e 225.

¹⁷⁸¹ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 150.

¹⁷⁸² NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 158.

¹⁷⁸³ ARISTÓTELIS. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005. p. 109.

As codificações do século XIX identificavam previamente, em abstrato, os sujeitos de direitos como iguais nas relações civis “não se reconhecendo a devida relevância às desigualdades concretas.”¹⁷⁸⁴ Mas se antes a isonomia era rígida e predeterminada a partir da espécie de relação, hoje as relações jurídicas são analisadas em suas particularidades a fim de identificar se há e qual é a parte fraca da relação. Fachin e Ruzyk¹⁷⁸⁵ chamam isto de “mito da igualdade formal”, reconhecida “entre sujeitos supostamente proprietários (entre os quais se incluem os que são proprietários de sua força de trabalho)”, que fora baseado em Kant e Loche e que hoje resta “desvelado” segundo os autores.¹⁷⁸⁶ “Se a igualdade formal falhou, tomou corpo uma concepção social do contrato, [...]”¹⁷⁸⁷ Desde a formação das estruturas normativas dos chamados *Welfare States*, fala-se em um direito à diferença, dada a antes mencionada identidade única de cada indivíduo¹⁷⁸⁸, o que não permite mais uma rotulação entre contratantes iguais e diferentes de maneira prévia, generalizada e rígida, que inadmita ponderações no caso concreto. Nas palavras de N. A. Berdiaef: “A liberdade é antes de tudo o direito à desigualdade”.

O falido em uma contratação puramente civil pode ser encarado como diferente na relação com seu credor. Ao tratar do ambiente de humanismo que cerca o direito contemporâneo e da necessidade de tutela jurídica da vulnerabilidade humana decorrente disto, Maria Celina Bodin de Moraes chega a incluir os “não-proprietários” na lista dos vulneráveis a serem protegidos pelo direito. Segundo a autora, determinados grupos considerados frágeis demandam especial proteção da lei. Além dos não proprietários, ela cita as crianças, os adolescentes, os idosos, os portadores de doenças físicas e mentais, os

¹⁷⁸⁴ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 90.

¹⁷⁸⁵ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 95.

¹⁷⁸⁶ Os autores tratam ainda da fragmentariedade dos papéis do sujeito débil na sociedade massificada. O nível de abstração impede que este sujeito seja visto como um indivíduo com necessidades porque ele só adquire relevância jurídica quando se insere em um dos modelos de relação jurídica. Este sujeito débil limita-se a ocupar seu papel perdendo a capacidade de ser agente de mudanças. “se aproxima do homem sistêmico de Luhmann, o qual se limita a contribuir para o adequado funcionamento do sistema, tomado como autopoietico. O que importa é a reprodução das estruturas sistêmicas, e não os sujeitos concretos que se submetem a essas estruturas.” FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 96-97.

¹⁷⁸⁷ CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 260.

¹⁷⁸⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 119.

consumidores, os contratantes em situação de inferioridade, as vítimas de acidentes anônimos e de atentados a direitos da personalidade, os membros da família, os membros de minorias, dentre outros.¹⁷⁸⁹ E conclui, relacionando física e direito em excelente analogia entre dignidade da pessoa humana e teoria da relatividade:

Albert Einstein foi o primeiro a identificar a relatividade de todas as coisas: do movimento, da distância, da massa, do espaço, do tempo. Mas ele tinha em mente um valor geral e absoluto, em relação ao qual valorava a relatividade: a constância, no vácuo, da velocidade da luz. Seria o caso, creio eu, de usar esta analogia, a da relatividade das coisas a do valor absoluto da velocidade da luz, para expressar que também no Direito, hoje, tudo se tornou relativo, ponderável, em relação, porém, ao único princípio capaz de dar harmonia, equilíbrio e proporção ao ordenamento jurídico de nosso tempo: a dignidade da pessoa humana, onde quer que ela, ponderados os interesses contrapostos, se encontre.¹⁷⁹⁰

Assim, o perigo de agressão à dignidade do devedor superendividado, somado à sua vulnerabilidade fática, permite que, no caso concreto, se relativize a visão geral de que em contratos entre privados as partes são iguais. Além disso, há outro fator a ser ponderado, conforme bem observa Roppo: há uma certa fusão entre os sistemas que disciplinam os contratos de consumo e puramente civis em muitas situações.¹⁷⁹¹ Se muitos dos princípios que regem o CDC e o CC são os mesmos, tais como a função social dos contratos e a boa-fé¹⁷⁹² e se a “visão da igualdade e do tratamento igual/desigual para os iguais/desiguais, no caso concreto, está intrinsecamente ligada à noção moderna – tão importante em matéria contratual – da equidade (Justiça para o caso concreto)”¹⁷⁹³, ainda que o CC seja um código para iguais, na prática, é possível que se reconheça a debilidade do contratante acometido por um fato superveniente para fins de interpretação da lei, mesmo que o diploma a ser aplicada seja o de direito privado geral (CC).

Ambos, o novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, possuem os mesmos princípios; portanto, não haverá entre eles antinomias de princípios, mas somente de normas ou antinomias aparentes. O contrato deve ser instrumento de

¹⁷⁸⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 116.

¹⁷⁹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 147.

¹⁷⁹¹ ROPPO, Vincenzo. **Il contratto del duemila**. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005. p. 48 a 54.

¹⁷⁹² MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate das cláusulas abusivas. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 78.

¹⁷⁹³ MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate das cláusulas abusivas. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 86.

solidariedade e fraternidade, destinado a fazer circular e distribuir riquezas. A unidade do sistema é garantida pela Constituição Federal da República, organizada harmonicamente de forma a preservar e garantir a dignidade da pessoa humana, [...].¹⁷⁹⁴

Neste sentido, bem afirma Vera Fradera defendendo a aproximação destes ramos do direito em casos específicos:

Em França, Jean Calais-Auloy afirma uma estreita correlação entre o direito civil e o direito do consumidor, enquanto, no mesmo país, Jean-Pierre Pizzio advoga a proteção do consumidor mediante o direito comum das obrigações, pois constata que a proteção da parte mais fraca, seja ela consumidor ou não, tornou-se um objetivo comum ao direito do consumidor e ao das obrigações, renovado por uma jurisprudência criadora, surgindo a partir daí, uma espécie de complementariedade obrigatória.

No Brasil, ainda merece ser destacado o estudo do professor Paulo Luiz Netto Lôbo, a respeito dos princípios sociais dos contratos no Código do Consumidor e no novo Código Civil, em razão de sua proposta de aproximar os dois documentos legislativos pelos princípios comuns, que os informam, tais a boa fé objetiva, a transparência, a lealdade...

[...]

Ora, na esfera do Código Civil, a regra é a de que as partes são formalmente iguais, não havendo necessidade de o legislador socorrê-las, salvo casos excepcionais como, face à ocorrência de uma desigualdade derivada, seja de um estado de perigo, seja de uma vinculação sob premente necessidade ou inexperiência, configurando-se desta sorte uma lesão, tornando o contrato passível de ser anulado, pois, dada essa circunstância, não poderia atender a sua função econômico-social.¹⁷⁹⁵

No caso da excessiva onerosidade, poder-se-ia, na linha de raciocínio da professora Vera Fradera, aplicar a teleologia do CDC e permitir a revisão de contrato pelo superendividado ainda que pelo CC. Isto porque o superendividado não é débil por ser consumidor, mas por estar falido. Não é necessário que haja uma presunção de vulnerabilidade também para o superendividado, nem se está propondo que este seja tratado pelas leis consumeiristas em relações puramente privadas¹⁷⁹⁶, o que se está afirmando é que, no caso concreto, o juiz deve considerar a debilidade financeira do falido ao se defrontar com pleito de revisão de um contrato por ele firmado de boa-fé.

¹⁷⁹⁴ COSTA, Maria Aracy Menezes da. Os novos poderes/direitos oriundos do contrato no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor: vontade das partes. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 245-246.

¹⁷⁹⁵ FRADERA, Vera Maria Jacob de. **Superposição de contratos**. Palestra proferida na FGV de São Paulo, s/d. No Prelo. p. 20 a 23.

¹⁷⁹⁶ “Para o controle da adequação do contrato na atual sistemática do Código Civil, os parâmetros da eticidade (boa-fé objetiva) e solidariedade (função social do contrato), fora da disciplina especial das relações de consumo, não devem ser arbitrariamente aplicados para a revisão e invalidação dos negócios jurídicos, sem se ater aos mecanismos que a lei instituiu para regular as nulidades, os vícios de consentimento e os casos específicos de ineficácia e rescisão, assim como os de revisão contratual, dentro da disciplina traçada pelo Código Civil.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 111.

O ideal seria uma lei, criando um estatuto para o falido pessoa física, protegendo o superendividado independentemente de ser consumidor ou não. Em não havendo, trata-se o superendividado como consumidor na relação de consumo e como contratante nas relações puramente civis. Ocorre que, ao tratá-lo como contratante comum, não se está promovendo sua proteção, o que pode agravar ainda mais sua situação financeira, não permitindo que se recupere. Em suma, a interpretação do direito positivo atual pode corrigir esta questão retomando a isonomia no caso concreto, bastando que se compreenda que o superendividado não é frágil porque é consumidor (vulnerável de direito), mas sim porque está falido (vulnerável de fato). E não há que se ter receio de que tal posição poderia igualar o falido comum ao falido consumidor, retirando, assim, a proteção especial do consumidor, pois o consumidor superendividado é duplamente vulnerável, o que lhe confere proteção ainda maior. Quanto ao assunto deste trabalho, na prática, isso leva a que o superendividado possa revisar contratos civis e de consumo, mas com maior facilidade no segundo caso.

Mesmo que se entenda que não há debilidade no superendividado, mas sim só no consumidor, visto que é o único considerado vulnerável por lei, há que se atentar para o fato de que a regra da revisão por onerosidade excessiva não pretende somente proteger o consumidor ou tutelar seus interesses enquanto parte mais fraca, mas sim o equilíbrio contratual quando há uma alteração das circunstâncias fáticas que envolvem o acordo de vontades. Tanto assim o é que se permite que o fornecedor também se valha da revisão dos contratos por excessiva onerosidade.

Necessariamente haverá uma diferença no tratamento das relações geridas pelo CC e CDC e não se está defendendo uma equiparação, até mesmo porque, repita-se, tal retiraria a proteção especial da lei dos consumidores. A ideia é apenas admitir a revisão dos contratos pelo superendividado, como faz o CDC, nas relações reguladas pela lei civil para que não se impeça de pronto a revisão de dívidas decorrentes de relações civis, a fim de, com isso, proteger o falido como um todo e não apenas o falido consumidor, eis que a proteção do ordenamento deve se dirigir aos mais fracos de fato e não somente àqueles definidos como tal. Assim, ainda que os novos princípios contratuais da função social e do equilíbrio econômico atuem com menos força nas relações puramente civis¹⁷⁹⁷, isto serve para dificultar a revisão e

¹⁷⁹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. - Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 283.

não para proibi-la. Isto é, a revisão de contrato entre pessoas físicas particulares passará por um crivo muito mais rígido, com medidas muito menos preocupadas com a liberação do devedor e mais focadas no cumprimento da obrigação de modo compatível com a sua economia pessoal, do que nos casos regidos pelo CDC. Mas todas as dívidas do falido devem ser consideradas quando da revisão de seus acordos, a fim de reequilibrar sua vida financeira.

Não é razoável que simplesmente sejam excluídas as dívidas não decorrentes de uma relação de consumo do plano de pagamento que preveja a revisão dos pactos no intuito de pagar os débitos pendentes. Tal atitude não é benéfica nem para o devedor, que permanecerá devedor de um valor cujo montante não poderá pagar, nem para o credor particular, cujo crédito jamais receberá. Não será benéfico nem mesmo para os demais credores de dívidas oriundas de uma relação de consumo, pois, embora o fato de que somente eles terão o seu crédito parcelado e, talvez, reduzido, podem não vir a receber, se mantida a obrigatoriedade dos pactos de modo inflexível nos demais contratos daquele consumidor, pois é possível que o credor particular penhore todos os bens do devedor, passíveis de constrição, impedindo que os demais recebam algo.

Há que se organizar uma forma de pagamento global, revisando os pactos do devedor falido, sem que sejam excluídos contratos em função de sua natureza, até mesmo porque, como já se viu, definir se se trata ou não de um contrato de consumo não é uma questão pacífica. Assim que, se para um juiz a dívida é oriunda de relação de consumo e deve ser revisada, para outro, a mesma dívida não o é e será excluída do plano de pagamento que preveja sua revisão. Definir se se trata ou não de relação de consumo será, sim, necessário para saber se os critérios para a revisão serão rígidos para o devedor ou não, e não para simplesmente excluir sumariamente determinado contrato do rol de contratos a serem revisados. O reconhecimento como não relação jurídica de consumo pode determinar a impossibilidade de revisão, porque, no caso concreto, tal dívida não é passível de revisão e não simplesmente porque tal dívida decorre de contrato entre não consumidores. Alguns tipos de dívidas, como as alimentares, por exemplo, podem, desde já, ser excluídas, mas a impossibilidade, de plano, de todas as particulares, faz com que o tratamento do superendividado não atinja o seu fim, qual seja: salvar o falido individual da ruína.

Se todo o conjunto de dívidas é levado em consideração, quando da “verificação da situação de superendividamento”, “[...] derivando ou não de créditos obtidos pelo

consumidor, não importando a sua natureza, se de origem contratual ou legal, [...] (dívidas fiscais, de locação, alimentícias, derivadas de fiança, etc.)¹⁷⁹⁸, também quando da análise da possibilidade de revisão devem entrar as dívidas em que o devedor não seja considerado consumidor.

O Poder Judiciário do estado do Rio Grande do Sul compreendeu isso e não fez qualquer distinção na Consolidação Normativa Judicial da Corregedoria-Geral da Justiça, atualizada até o provimento n° 48/09-CGJ, de dezembro de 2009. Essa norma trouxe em seu art. 1040A, incluído no capítulo III (do Título II, Livro IV), denominado “Do Projeto Conciliação”, a possibilidade de instauração de um procedimento buscando a conciliação entre os credores e o devedor superendividado. Tal regra institucionalizou o projeto-piloto comandado pelas Dras. Karen Bertoncello e Clarissa Costa de Lima, já aqui mencionado.¹⁷⁹⁹ Diz o texto do supracitado artigo:

Art. 1.040A - Nas hipóteses de superendividamento, resta possibilitada a promoção de fase de conciliação prévia ao processo judicial, instaurando-se situação de concurso de credores, mediante remessa de carta-convite aos credores declarados, por interesse da parte devedora, para a composição de dívidas civis.

§ 1º - A decisão judicial de homologação da conciliação obtida em audiência designada para esta finalidade terá força de título executivo judicial, independentemente da representação das partes por advogados.

§ 2º - A ausência de conciliação no feito não importará em reconhecimento judicial de uma declaração de insolvência por parte do devedor (art. 753, inc. II, do CPC), havendo arquivamento do expediente por simples ausência de acordo entre os interessados e registro de informações com mero caráter estatístico.

§ 3º - O controle estatístico dos expedientes será efetuado por sistema informatizado, cabendo ao Poder Judiciário a gestão de tal banco de dados.¹⁸⁰⁰

Isto é, não há nenhuma limitação quanto à natureza da relação jurídica na qual o contrato, a ser revisado por meio de acordo, foi firmado, abrangendo todas as “dívidas civis”. Mesmo porque nem todo contrato a crédito será de consumo. Como bem afirmam os autores de “O endividamento dos consumidores”, o credor poderá ser “de qualquer outra

¹⁷⁹⁸ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 119.

¹⁷⁹⁹ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz, LIMA, Clarissa Costa de. Adesão ao projeto conciliar é legal – CNJ: Projeto piloto: tratamento das situações de superendividamento do consumidor: **Revista de direito do Consumidor**, n. 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

¹⁸⁰⁰ Consolidação Normativa Judicial da Corregedoria-Geral da Justiça, atualizada até o provimento n° 48/09-CGJ (Dezembro de 2009) Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/legisla/indice_leg.php?PHPSESSID=a2ca99670ea80885debbd0a0ec5e3adb Acesso em: 15 jan. 2010.

natureza”.¹⁸⁰¹ Em um contrato de mútuo, por exemplo, regulado pelo Código Civil, também o mutuário estará contraindo uma dívida para seu sustento ou de sua família. Assim, parece certo que também receba os auxílios conferidos aos superendividados, ainda que com mais rigor na flexibilização do pagamento.

Por conseguinte, se os contratos de consumo – ou seja, aqueles em que se faz presente uma relação jurídica de consumo – viabilizam a revisão do superendividado passivo sempre, e, do ativo inconsciente quando o magistrado entender que a condição vulnerável do consumidor permite, naquele caso concreto, (grande maioria dos casos, motivo pelo qual o magistrado deve afastar a revisão somente naqueles em que o caso aponte para solução diversa) – no direito civil puro, os contratos entre particulares devem ser revisados em caso de superendividamento passivo, mas deve o magistrado analisar o caso concreto como o faz com o consumidor superendividado ativo, vendo se as peculiaridades do caso indicam a revisão. Raramente deverá revisar um contrato regido pelo CC por motivo de superendividamento ativo inconsciente, porque quem exerceu pressão para o endividamento foram os outros credores que possuem relação jurídica de consumo e induziram o superendividado às compras imoderadas, e não o particular que firmou contrato com quem lhe procurou independentemente de estratégias de marketing e publicidade que pudessem levá-lo à miséria.

Em casos extremos, quando a não revisão pode levar o superendividado e sua família à mendicância, poderá o juiz, baseado tão somente nos mandamentos constitucionais, revisar um contrato privado com base no superendividamento ativo, mas isto não pode ser a regra, sob pena de se incentivar o descumprimento contratual.

Assim, exemplificativamente, se determinada pessoa compra uma roupa a prazo em uma loja e vive de aluguel e, por um fato superveniente – é assaltada e levam-lhe todo o dinheiro que tinha -, passa a ter dificuldades de quitar suas dívidas a ponto de comprometer sua dignidade – possui filhos e está desempregada sem possibilidade de suprir as necessidades mais básicas – poderá revisar tanto a compra na loja quanto as dívidas com o aluguel. Entretanto, se o mesmo indivíduo, ao invés de ser assaltado, gasta todo o seu dinheiro em roupas naquela loja - levado por um impulso gerado pelas estratégias de vendas que criam

¹⁸⁰¹ “As dívidas não profissionais dizem respeito aos compromissos assumidos pelo devedor, junto de uma instituição de crédito ou de um credor de qualquer outra natureza, para satisfazer as suas necessidades e as do seu agregado familiar.” MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vítor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 236.

necessidades e não medem esforços para vender até a quem não pode pagar, e por uma sociedade que impõe a condição de vida elevada, ao aceitar essas novas necessidades, além de tudo o que já foi dito sobre o impulso irracional dos consumidores - não terá o direito de revisar seu contrato de aluguel visando as dívidas decorrentes deste, mesmo que comprometida sua dignidade e a de sua família, mas poderá revisar o contrato celebrado com a loja que lhe vendeu sem verificar sua capacidade de reembolso. Isso porque não foi um fato aleatório que gerou a inadimplência, mas a pressão exercida pelo mercado de consumo e, neste caso particular, provocada por outro contratante, alheio à relação locatícia.

Parece importante deixar claro que durante este trabalho, ao referir os contratos de locação como exemplo, pretendeu-se questionar a possibilidade de revisão das dívidas pendentes, decorrentes deste contrato com base no superendividamento, pois, embora seja possível revisar o valor das prestações a serem pagas futuramente - caso em que a revisão não se dará pelo CC, mas sim com base nos arts. 68 a 70 da Lei do Inquilinato (Lei 8.245/1991) que prevê ação revisional de aluguel¹⁸⁰² - não parece correto admitir a revisão com fundamento na incapacidade financeira do contratante, pois basta que o superendividado busque um imóvel condizente com sua atual condição financeira e não que pretenda adaptar o valor do imóvel à sua capacidade de reembolso. O mesmo vale para a previsão do art. 19 da mesma lei, pois esta traz a revisão com a finalidade de ajustar o preço do aluguel ao valor de mercado. No caso do superendividamento, o que provoca a onerosidade excessiva não é a desproporção entre o valor cobrado e o valor de mercado do bem e sim, entre o valor cobrado e a capacidade financeira do locatário.

O ponto nevrálgico para compreender a questão está na divisão dos prejuízos. No caso do superendividado passivo, tanto a loja, quanto o locador devem dividir os prejuízos gerados por um fator externo à contratação. Já no superendividamento ativo, se é dever da loja dividir os prejuízos causados pelo gasto desmedido e falta de análise de reembolso, não é dever do locador dividir tais prejuízos se os culpados são o devedor e um terceiro (a loja). Assim, torna-se razoável afirmar que é possível a revisão ou a resolução de acordos entre particulares iguais quando um dos contratantes, de boa-fé, não puder cumprir o pactuado em virtude de um superendividamento passivo.

¹⁸⁰² Artigos estes que recentemente sofreram alteração pela lei 12.112/09. BORGES, Isabel Cristina Porto. **Alterações na lei do inquilinato**: comentários à lei 12.112/09. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

Mais difícil será a revisão em decorrência do superendividamento ativo inconsciente, porque, embora não tenha agido com dolo (como o ativo consciente), agiu com culpa, eis que imprudente. E se a impossibilidade decorreu de “circunstância imputável ao devedor, deve este reparar os danos causados em razão do inadimplemento.”¹⁸⁰³ Isto porque, no direito do consumidor, é possível defender a ausência de culpa do superendividado ativo inconsciente, eis que nestas relações nem mesmo se fala em culpa na responsabilização, mas sim em risco do negócio, enquanto, no direito privado puro, ainda que a falência seja inconsciente, não se pode dividir a culpa de maneira tão simples com um credor que não é fornecedor.

É, entretanto, perigoso afirmar com convicção e descartar qualquer exceção a que nunca possa o superendividado ativo revisar um contrato puramente civil, porque a própria classificação como ativo é de difícil definição. Apenas o caso concreto vai apontar para a solução justa, pois uma pré-exclusão de uma categoria sem que ela seja objetivamente conceituada pode levar a injustiças. Alguns casos ficarão em uma zona cinza que dependerá da análise global do caso. Assim, fica a dúvida na definição deste grupo. Por exemplo: “Seria superendividado ativo aquele que toma o crédito para o consumo de supérfluos, ou apenas o que busca fazer frente às necessidades da vida?”¹⁸⁰⁴ Somente a análise caso a caso responderá à indagação, diante da complexidade do tema.

O que se pode adiantar é que necessariamente os critérios a serem adotados pelo juiz, quando da revisão de um contrato de consumo, devem levar em consideração a vulnerabilidade do consumidor. No contrato entre privados, os critérios deverão ser mais rígidos, tomando-se em conta a posição do outro contratante que também tem obrigações a cumprir e que não pode ser prejudicado. A ideia do plano de pagamento (dilatando os prazos e diminuindo valores) é garantir o pagamento, ajudando devedor e credor, e não simplesmente liberar o devedor por mero assistencialismo a pretexto da erradicação da pobreza. Contratos devem ser cumpridos, a regra permanece, entretanto, acrescente-se: de maneira flexível, buscando preservar a dignidade de ambas as partes e tomando em conta todas as circunstâncias do caso concreto que justifiquem medidas aptas a recuperar o equilíbrio do contrato e a viabilidade de seu cumprimento, tudo à luz da Constituição Federal.

¹⁸⁰³ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 39.

¹⁸⁰⁴ MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Uma lei para os consumidores superendividados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 76-89, jan/mar. 2007. p. 85.

Assim, deve-se identificar a natureza da relação jurídica (e o respectivo código a ser seguido), bem como a condição de se tratar de superendividamento passivo ou ativo inconsciente para se ter critérios no momento da avaliação da possibilidade de revisão. O juiz, analisando as particularidades do caso concreto, deverá ponderar se os riscos devem ou não ser divididos, permitindo a revisão do pacto, com base no superendividamento de uma das partes, ou não.

CONCLUSÃO

As ideias mais importantes, desenvolvidas ao longo da pesquisa, podem ser apresentadas de maneira mais objetiva, a fim de resumir os pensamentos expostos para permitir, desta forma, algumas conclusões:

Em suma, abordou-se brevemente a autonomia privada e a noção clássica de contrato que repudia qualquer forma de revisão, o que foi bastante utilizado na redação de muitos códigos oitocentistas e do início do século XX. Apesar de a força obrigatória dos contratos ser o alicerce do direito contratual e de prevalecer enquanto a realidade fática não sofrer alterações¹⁸⁰⁵, estas ideias já estão ultrapassadas e vêm sendo superadas ao longo dos anos. Cada vez fica mais evidente que “a modificação do eixo do direito contratual, da vontade para o sinalagma, este regido pela justiça comutativa¹⁸⁰⁶, é extremamente rico em consequências [...]”¹⁸⁰⁷, concluindo-se que a excessiva vinculação à autonomia privada restringe a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, a ponto de, praticamente, inutilizar.¹⁸⁰⁸ Afinal, há que se perceber que a prevalência do voluntarismo “não atende mais às situações da vida moderna”¹⁸⁰⁹, pois “a *mass media* e outros meios de manipulação do corpo social desmantelaram, empiricamente, o dogma da vontade.”¹⁸¹⁰

Sobre a obrigatoriedade dos pactos, vale transcrever passagem de Daniel Cunha quando relaciona este princípio aos direitos fundamentais:

Como dito, *pacta sunt servanda* na medida em que o contrato consagra o útil e o justo. O útil e o justo são o fundamento da força obrigatória do contrato. Mas não o

¹⁸⁰⁵ KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 67.

¹⁸⁰⁶ Apenas para lembrar, baseados nas idéias de Aristóteles, a doutrina criou duas espécies de sinalagma para os contratos, um genético e outro funcional, sendo que o primeiro refere-se ao equilíbrio no momento da celebração do contrato, enquanto o outro, na igualdade, ou na manutenção do justo comutativo, durante a execução do pacto. Típicos exemplos do sinalagma genético são a lesão e as cláusulas abusivas. Já quanto à *rebus sic stantibus*, esta encaixa-se na exata noção de sinalagma funcional. (MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 270-271).

¹⁸⁰⁷ MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 270.

¹⁸⁰⁸ BUSS, Fernando. **A quebra da base do negócio jurídico nos contratos de crédito rural: fatos alheios supervenientes**. São Leopoldo, 1998. p. 52.

¹⁸⁰⁹ LIMA, Clarissa Costa de. Reflexões sobre a resolução do contrato na nova teoria contratual. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 513.

¹⁸¹⁰ CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 257.

justo tido como todo fruto da vontade das partes, e sim aferido pelos parâmetros de justiça estipulados por uma ordem pública constitucional. Ante uma ordem pública dos direitos fundamentais, que valoriza o humano, [...] ¹⁸¹¹

[...]

A força obrigatória do contrato significa, como dito, vinculação para o cumprimento de seu conteúdo. As partes estão vinculadas pelo conteúdo contratual, e este é definido pela vontade das mesmas, pela lei e pelo juiz. ¹⁸¹²

Visto que as teorias estudadas durante o trabalho encontram-se no campo do dirigismo contratual aplicado através do intervencionismo estatal nas relações privadas ¹⁸¹³, concluiu-se que a moderna cláusula *rebus sic stantibus* é o instrumento para a aplicação deste dirigismo, a fim de adaptar o Direito aos fatos, adequando o seu conteúdo à nova realidade econômica. ¹⁸¹⁴

Buscou-se a origem da revisão proposta com base em evento posterior à sua formação e concluiu-se que remonta ao código de Hammurabi, passa pelo Direito Romano; pelos Canonistas dos séculos XII e XIII, ressurgindo por meio da Cláusula *rebus sic stantibus* com os glosadores e pós-glosadores da Idade Média, além de sua positivação no direito medieval. O desaparecimento ocorreu em virtude do liberalismo e do Código Napoleônico, que deram exagerada importância à autonomia privada; ressurgindo, posteriormente, com a Primeira Guerra Mundial e a Lei Falliot, em 1918; finalizando-se com a teoria da imprevisão, como foi chamada após seu reaparecimento, bem como as demais teorias, sendo que todas surgem em um cenário jurídico muito mais social e solidário, em contraste com o individualismo do século XIX ¹⁸¹⁵ e “substituem, pela cooperação, o princípio agonizante da competição”. ¹⁸¹⁶ O mundo volta a perceber que o contrato deve ser executado em função de sua utilidade social e destinação econômica, ¹⁸¹⁷ não se trata de sempre ver “no devedor um infortunado e no credor um ganancioso sem escrúpulos” ¹⁸¹⁸, mas que:

¹⁸¹¹ CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 264.

¹⁸¹² CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 282.

¹⁸¹³ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 199.

¹⁸¹⁴ KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 67-68.

¹⁸¹⁵ KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 67; SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão: Revisão contratual**. Belém: Cejup, 1989. p. 9.

¹⁸¹⁶ NETTO, J.R. Vieira. **O risco e a imprevisão: duas tendências no âmbito da responsabilidade civil**. Curitiba. Juruá, 1989. p. 144.

¹⁸¹⁷ NETTO, J.R. Vieira. **O risco e a imprevisão: duas tendências no âmbito da responsabilidade civil**. Curitiba. Juruá, 1989. p.140-141.

¹⁸¹⁸ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p. 241.

O princípio da intangibilidade contratual, pelo qual o contrato é lei entre os contraentes, deve reger as relações entre as partes de acordo com seus fins sociais e não somente com rígida observância de sua expressão literal, a fim de que, na hipótese de ocorrerem modificações imprevistas das circunstâncias que preexistiam à época da celebração contratual, não resultem prejuízos irreparáveis para alguma das partes na execução das obrigações assumidas.¹⁸¹⁹

Quanto ao histórico do direito brasileiro, começou-se pela primeira decisão baseada na Teoria da Imprevisão, de Nelson Hungria, em 1930. Posteriormente, seguiu-se pelas doutrinas do início do século passado, com suas primeiras manifestações na década de 20, evoluindo até o Anteprojeto do Código das Obrigações de 1941, que previa o instituto analisado em seu art. 322, o qual não foi aprovado, entre outras tentativas frustradas de positivação da cláusula. Seguiu o trabalho até o antigo Projeto do Código Civil de 1975, hoje Código Civil vigente, enfocando a controvertida questão da aplicação da teoria da imprevisão nos contratos afetados pela inflação e pelos planos governamentais. Chegou-se à conclusão de que o Brasil sempre manteve certo receio quanto à aplicação de qualquer dessas teorias, resistência esta que vem sendo quebrada desde a promulgação do Código de Defesa do Consumidor.

Sinteticamente, foram comparadas, ao longo do trabalho, as legislações alienígenas, concluindo que há países pertencentes à corrente revisionista, isto é, países que adotam alguma forma de revisão/resolução dos contratos com base em fato superveniente à sua formação, sendo citados como referência: Alemanha, Itália, Portugal, Suíça, Polônia, Argentina, Uruguai, Egito, Espanha e outros países. Além disso, foi percebido que há países pertencentes às correntes antirrevisionistas, ou seja, países que não adotam a moderna cláusula *rebus sic stantibus* no direito civil, como França, Bélgica, Japão, etc. Finalmente, foram abordados Inglaterra e Estados Unidos da América, pois são seguidores do *common law* (sempre analisadas separadamente dadas as suas peculiaridades).

Conceituou-se a atual cláusula *rebus sic stantibus*, situando-a no estudo dos contratos, desenvolvendo os requisitos exigidos, já que tais elementos para sua caracterização foram os adotados pela legislação vigente no nosso País. Foram, ainda, abordados diversos requisitos mencionados pela doutrina, concluindo-se que muitos são os elementos exigidos pelas legislações e que, para melhor emprego ao caso concreto, deve o legislador adotar

¹⁸¹⁹ SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou Teoria da imprevisão: Revisão contratual.** Belém: Cejup, 1989. p. 55.

apenas os requisitos básicos, optando pelo mínimo possível, assim, a norma disciplina a matéria, mas deixa a sua aplicação a cargo do julgador.

Quanto a teorias, tratou-se das que procuram fundamentar a atual Cláusula *rebus sic stantibus*, demonstrando sua evolução, seus criadores e fundamentos de que se valem para sua aplicação. Assim, chegou-se à conclusão de que muitas foram as tentativas de fundamentação desta cláusula ao longo dos tempos.

Comentou-se, de forma sucinta, e diferenciaram-se do objeto do trabalho as figuras afins como as causas de revisão anteriores ou concomitantes (lesão enorme e cláusulas abusivas), o caso fortuito e força maior, a cláusula de escala móvel, o erro, o abuso de direito, o enriquecimento ilícito e a usura, concluindo que, apesar de semelhantes, não há que se confundi-los, sendo, inclusive, possível que coabitem um mesmo contrato em harmonia.

Foram tecidas críticas quanto à opção teórica adotada pelo redator do CC quanto a todos os requisitos controvertidos exigidos para a possibilidade de aplicação que restringem o uso da cláusula “*rebus sic stantibus*” a ponto de torná-la raríssima exceção, sendo elas: a exigência da imprevisibilidade do fato superveniente e da vantagem exagerada para a parte contrária, erro este bem apontado por Otávio Luiz Rodrigues Junior:

A exigência concomitante da excessiva onerosidade e da vantagem extrema igualmente mostra-se censurável. Bastaria a alteração das circunstâncias e o conseqüente desequilíbrio da álea econômica. A onerosidade surgirá naturalmente, não cabendo indagar sobre eventuais lucros advindos ao outro contratante, muito menos condicionar o reconhecimento da imprevisão à ocorrência daquele fenômeno. Seria odioso exigir a prova de um ganho inesperado, quando já se é difícil a documentação da excessiva onerosidade.¹⁸²⁰

Além disso, concluiu-se que seriam, de fato, requisitos indispensáveis: a vigência de um contrato de execução diferida no tempo, isto é, continuada, pois não faria sentido a sua aplicação a um contrato de execução imediata¹⁸²¹; a alteração significativa das condições fáticas ocorridas supervenientemente à celebração do pacto e anteriormente ou concomitantemente à sua execução e a excessiva onerosidade que venha a destruir o

¹⁸²⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002. p. 156.

¹⁸²¹ DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 201.

equilíbrio e a comutatividade do contrato, quer por um aumento no valor da prestação, quer por uma diminuição na capacidade financeira de um dos contratantes.

Criticou-se também a desatenção ao princípio da manutenção dos contratos, pois o CC/2002 impõe como regra a extinção do contrato, e não sua revisão, como consequência da aplicação do dispositivo presente na referida lei federal. Neste mesmo ponto, ainda que não adotados pelo CC/2002, comentaram-se alguns requisitos controversos exigidos por algumas legislações alienígenas como a não aplicabilidade aos contratos aleatórios e aos contratos onde a parte onerada estiver em mora. Chegou-se, pois, à conclusão de que tais restrições são dispensáveis e que somente atravancam a aplicação das teorias revisionistas.

Dissertou-se sobre a revisão constante do Código de Defesa do Consumidor, abordando a Teoria da Base Objetiva que, segundo a maioria da doutrina, vem a ser adotada por esta lei em seu artigo 6º, inciso V, que exige menos e mais plausíveis elementos para sua configuração, e que, nem por isso “causou insegurança no comércio jurídico, tampouco acabou com o contrato como forma de realização dos negócios jurídicos”.¹⁸²²

Concluiu-se, também, que não será em virtude da aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, nem qualquer outra restrição à liberdade de contratar, que o contrato desaparecerá ou trará a insegurança para as relações de direito privado, pois esta cláusula não extingue a autonomia privada, apenas lhe dá uma interpretação construtiva.¹⁸²³ Aos liberais que ainda temem pela garantia da liberdade nos contratos, vale lembrar a frase do célebre economista norte-americano John Kenneth: "Nada estabelece limites tão rígidos à liberdade de uma pessoa quanto a falta de dinheiro."

A demonstrar o avanço dos pensamentos sobre a base do negócio jurídico, trouxe-se um breve histórico da supramencionada teoria, nascida na Inglaterra e formulada na Alemanha, que vinha sendo adotada pela jurisprudência germânica até o ano de 2002, ano da reforma do Direito das Obrigações presente no BGB, que incluiu a teoria no texto legal com o

¹⁸²² BUSS, Fernando. **A quebra da base do negócio jurídico nos contratos de crédito rural: fatos alheios supervenientes**. São Leopoldo, 1998. p. 50.

¹⁸²³ WALD, Arnoldo. **Obrigações e Contratos**. 6. ed. rev., ampl. e atualizada com colaboração do professor Semy Glanz, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e com referência ao Projeto de Código Civil. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983. (Curso de direito civil brasileiro). p. 174-175. O mesmo autor, neste trecho de sua obra, dá o exemplo da Rússia Soviética, onde o contrato perdurou, apesar de ser uma civilização socialista.

§ 313. Outrossim, concluiu-se que apesar de bem elaborada, a teoria, ao contrário do que pensa a maioria da doutrina, é carregada de voluntarismo. Ainda que exija menos do que as demais teorias, e muito menos que a da imprevisão, impõe que o evento futuro seja imprevisível. Por isso, concluiu-se que o CDC não adota a teoria da base, mas sim uma própria, *sui generis*.

A propósito, Barletta comenta que, mesmo as teorias da base, que para muitos autores conseguem fugir do fundamento na vontade, ainda carregam dose do mencionado voluntarismo, pois exigem a imprevisibilidade do fato superveniente, visto que o próprio Larenz (criador da divisão da teoria da base em objetiva e subjetiva) assim se posicionava:

Pode-se afirmar que todas as teorias até agora apresentadas baseiam-se no argumento da imprevisibilidade da circunstância superveniente geradora da vultuosa onerosidade, ou pelo menos, como fez Larenz, consideram que o contrato deva subsistir, se o fator causador da excessiva onerosidade fosse previsível. Ademais, têm em comum o fato de estarem presas a matrizes voluntaristas quando se preocupam sobremaneira com as intenções ou manifestações psicológicas das partes no momento do ajuste.¹⁸²⁴

Depois de ter discorrido sobre a evolução da Cláusula *rebus sic stantibus* até os artigos que tratam sobre o assunto no Código Civil de 2002, conclui-se que a forma como foram redigidos merece críticas, defendendo-se a modificação proposta pelo Projeto 6960/2002 – que, apesar de arquivado, merece menção –, além de demonstrar a necessidade de que as teorias que fundamentam este tipo de revisão se desvinculem do excessivo voluntarismo, dando mais atenção à ideia de socialização do direito, finalidade do contrato, ou ainda, divisão dos prejuízos, como fazem as teorias modernas, como a de Fikentscher, ou a “teoria do risco” de Kegel, que entendem que “[...] numa situação de catástrofe, os danos deveriam ser repartidos [...]”¹⁸²⁵.

Elogiou-se, de certa forma, a proposta trazida pelo Projeto Lei n° 6960/2002, que mitiga significativamente os problemas apresentados por esta dissertação quando reescreve o capítulo XX, facilitando a aplicação dos artigos mencionados, possibilitando ao juiz que solucione as injustiças causadas por fato que não é imputável a nenhum dos contratantes, reequilibrando a relação contratual e resgatando a função social do acordo que teve suas bases

¹⁸²⁴ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 18.

¹⁸²⁵ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 19, nota 58.

modificadas. Concluindo-se que o texto, apesar de exigir a ausência de mora, é muito bem escrito e mereceria prosperar.

Apesar de importantíssimas as modificações propostas pelo projeto Fiuza, devemos ter consciência de que nunca chegaremos à completa perfeição, pois código algum será a exata imagem das relações econômicas de um país. A estrutura jurídica é quase uma colcha de retalhos que mescla as ideias conservadoras do direito comum, que se fixa nos ideais dominantes de sua época, entrelaçada a um direito moderno, proveniente de conquistas parciais e projetado para comportar os novos fatos sociais em conflito com os códigos. Estes ideais mais atuais surgem com a doutrina e a jurisprudência, forçam as leis a se adaptarem a novas situações e a evoluírem atendendo às reclamações dos intérpretes e estudiosos que se apercebem das modificações sociais e suas necessidades. Assim, os direitos coexistem, sendo que, aos poucos, o velho direito vai dando lugar ao novo. Isso pode ser verificado desde a responsabilidade objetiva nos contratos de trabalho, até a proteção dos aderentes nos contratos de adesão, percebendo-se que, hoje, a socialização do direito atinge a toda a estrutura jurídica, concedendo humanização às normas. O regresso da cláusula *rebus sic stantibus* é a prova clara disso. Trata-se da repartição dos riscos, ou seja, a “socialização do risco”. É uma orientação do direito moderno no sentido de garantir o “bem comum e a finalidade social que a lei deve atender”.¹⁸²⁶

Da forma como está redigido o CC de 2002, pode-se concluir que sempre que alguém for extremamente onerado em função de um fato posterior à contratação, que desequilibre o pacto a ponto de não mais se poder falar em contraprestação, ele deve socorrer-se do artigo 317 do atual Código, dada a quantidade de falhas presentes nos artigos da seção IV do capítulo II que tratam da “resolução por onerosidade excessiva”, ou, se não for possível, interpretar os arts. 478 a 480, conforme o justo para o caso concreto.

Desta forma, fica claro que, mais ainda nos dias de hoje, em uma sociedade dinâmica, não há lugar para a utilização estática de um acordo.¹⁸²⁷ Como bem explica R. C. van Caenegem:

¹⁸²⁶ NETTO, J.R. Vieira. **O risco e a imprevisão**: duas tendências no âmbito da responsabilidade civil. Curitiba. Juruá, 1989. p. 146-151.

¹⁸²⁷ KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 67.

O direito é uma estrutura social mutável, imposta à sociedade; é afetado por mudanças fundamentais dentro da sociedade e é, em ampla escala, um instrumento assim como um produto dos que detêm o poder.

Mas os juristas se perguntam se isso liquida de uma vez a questão ou se não devemos atribuir alguma importância a princípios fundamentais, que não dependem das circunstâncias políticas ou das ações de grupos interessados.¹⁸²⁸

Entender o *pacta sunt servanda* como imutável é olvidar que o direito é vida e, portanto, não fica estagnado. Talvez a maior conclusão a que se chegue por meio deste trabalho seja que um jurista jamais pode ignorar a máxima de Cícero do *summum ius, summa injuria*¹⁸²⁹, isto é, o excessivo rigor na aplicação da lei, equivale à injustiça.

A segunda parte foi dedicada ao tema do superendividamento, sendo que, em um primeiro momento, visou-se transmitir a compreensão exata do que é este fenômeno. Para tanto, o tema foi analisado sob diversos prismas. Primeiramente, sob a ótica das causas, estudando a atual sociedade de consumo e o modo como o ser humano se comporta no mundo de hoje. Além de buscar a definição desse fenômeno social em suas raízes, analisando-se o histórico do instituto e daqueles que sofrem com a ocorrência dele.

Após a análise da massificação do crédito, inclusive à população de baixa renda, concluiu-se que a expansão deste provocou uma crise de solvência, gerando a necessidade de proteger a confiança despertada no consumidor por meio da publicidade e dos contratos. Neste diapasão, passou-se a dissertar sobre os gravíssimos efeitos do superendividamento, ou seja, quando não se consegue reembolsar o crédito tomado. Buscou-se avaliar a maneira como o fenômeno afeta a autoestima e a confiança na gestão da vida familiar, além de provocar quadros de depressão, que são causa e consequência da ruína da vida privada do indivíduo superendividado. Isso demonstra que mais que problema jurídico, o endividamento excessivo é problema de saúde pública que afeta a vida da pessoa falida de modo a comprometer sua dignidade enquanto ser humano.¹⁸³⁰

Então, partindo da evolução do instituto e compreendendo o comportamento dos consumidores do mundo moderno, pôde-se estudar como o marketing e a publicidade

¹⁸²⁸ CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 277.

¹⁸²⁹ OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991. p. 155-156.

¹⁸³⁰ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 98 e 99.

analisam o comportamento humano, perscrutam necessidades e estimulam a sociedade a criar demandas quando exploram as fraquezas dos consumidores, hipnotizando-os através de formas, imagens, linguagens, conteúdos, mensagens e apelos específicos de cada técnica aplicada especialmente a determinado grupo que se pretenda atingir. Para tanto, não são medidos esforços nem dinheiro no aperfeiçoamento de estratégias para captação de consumidores e aumento do consumismo, já que dificilmente aquele que é alvo dessas técnicas consegue fugir delas, eis que, na maioria das vezes, sequer percebe que é levado às compras. Tais técnicas funcionam porque se vive em sociedade hedonista que entende o prazer imediato e o constante bem-estar como razões de viver. Somos levados à intolerância absoluta, ao desconforto e à busca da felicidade que supera as noções mínimas de responsabilidade.

A partir do estudo, da análise e da avaliação de legislações estrangeiras e da doutrina moderna, buscou-se sintetizar um conceito expresso de superendividamento.

Passou-se, então, a buscar a definição do superendividamento por meio de seus pressupostos, estabelecendo-se os requisitos básicos para considerar determinada situação como tal. Além disso, foi enfocada a preocupação em, principalmente, estabelecer situações que devam ser protegidas pelo direito. Concluiu-se ser necessário que o superendividado seja pessoa física, que a dívida não seja alimentar ou penal reparatória, esteja presente a boa-fé e haja a impossibilidade manifesta de quitar as dívidas. É mister, pois, que o devedor possua um ativo menor que o passivo (incluindo-se ativo e passivo futuro), de modo a ser impossível pagar seus débitos sem grave prejuízo à sua dignidade. Auxilia a constatação, a classificação das situações de catástrofe financeira. Portanto, interessante a classificação oriunda dos tribunais franceses que divide os casos de superendividamento em ativo consciente, ativo inconsciente e passivo. O primeiro, de má fé, não recebe proteção. Os demais dependerão do ordenamento jurídico e da análise do magistrado, mas caracterizam-se por ser o ativo inconsciente, causado por má gestão financeira e o passivo, por acidente da vida.

Para finalizar a conceituação do fenômeno social ora estudado, analisou-se como o ordenamento jurídico de cada um dos países mais importantes aborda o tema e os dois grandes modelos de enfrentamento.

Conseqüentemente, foram buscadas demonstrações de formas de combate ao superendividamento, quer preventivamente, impedindo o acontecimento, quer tratando o superendividado nos casos em que já reste assim caracterizado. Para a prevenção do fenômeno, é imprescindível que o marketing seja regulamentado, não se permitindo métodos apelativos que distorçam a realidade para angariar consumidores. O consentimento deve ser racional, isto é, possuir forma escrita, fornecer prazo para reflexão da oferta e não exigir justificativa ou indenização em caso de arrependimento. Da mesma forma, deve haver lealdade contratual, desde a publicidade até a razoabilidade da taxa de juros, garantia de independência contratual e permissão de reembolso antecipado sem prejuízo ao devedor. Elencaram-se algumas formas de prevenção e foi analisada a aplicação prática.

Além destas estratégias, há ainda as técnicas voltadas para os casos já instaurados, ou seja, de tratamento do superendividamento. A definição e o procedimento para a solução por lei especial são as principais delas, mas muitas são as formas de combater este mal depois que ele já está perfectibilizado.

Neste ponto, direcionou-se o foco sobre a revisão dos contratos como forma de combater o superendividamento. Ao abordar a possibilidade de revisão dos contratos de consumo pelo consumidor superendividado, restou extenuante de dúvidas que tanto o superendividado passivo quanto o ativo inconsciente podem valer-se dos dispositivos que tratam da onerosidade excessiva no CDC para proceder a revisão dos pactos com fundamento no seu endividamento excessivo, já que este diploma não condiciona sobremaneira o uso do direito de revisão dos pactos do consumidor. Presente a onerosidade excessiva em face do superendividamento, este serve de hipótese para rever o acordo firmado pelo consumidor falido no momento da execução. Ao magistrado, caberá a tarefa de ponderar as particularidades do caso concreto, buscar diminuição nos ônus que cabem ao falido, estabelecendo-se nova obrigação, agora passível de cumprimento pelo consumidor superendividado.

Embora o ordenamento vigente preveja a revisão contrato a contrato, não regulando um método de revisão conjunta nos casos em que o devedor possui mais de um credor, nada impede que se faça, como vêm surgindo, projetos pelo país. De qualquer forma, ainda que se revisem isoladamente os contratos e se diga que a revisão serve como paliativo, não há solução melhor enquanto não possuímos lei que regulamente o tratamento conjunto das

dívidas. E mesmo quando houver, será por meio da revisão dos pactos que se determinará a forma de pagamento viável e se reequilibrarão as finanças pessoais dos superendividados.

Se o estímulo ao consumo é alicerce do mercado capitalista, adotado este sistema, não se pode negar a prevenção e o tratamento de suas falhas. O superendividamento é consequência natural e inevitável no capitalismo moderno, baseado na massificação da produção, oferta e aquisição dos bens de consumo¹⁸³¹, assim que se devem socializar os danos causados por ele. Para tanto, o Estado tem o dever de prevenir, capacitando o consumidor, e tratar os superendividados, exigindo daqueles que ganham com este modelo, que dividam os prejuízos com os que foram usados para produção do lucro, recebendo a parte que o devedor consegue pagar sem abrir mão das necessidades básicas. O objetivo não é somente proteger e restabelecer a saúde física e financeira do indivíduo, mas também manter a economia em ordem, remediando, “pelo direito, uma situação de grave desajuste econômico e social no Brasil”¹⁸³², pois o endividamento excessivo “repercute na microeconomia familiar e na macroeconomia social.”¹⁸³³ Portanto, o enfrentamento do superendividamento permite que determinado consumidor não fique excluído da sociedade, que não gaste mais do que pode pagar, que seja auxiliado pelos fornecedores que verificarão sua capacidade de reembolso e que, caso gaste além do que pode pagar, seja encontrada uma maneira saudável de quitar a dívida com os credores. Todos perdem com a ocorrência do superendividamento, devedor, credor, sociedade, Estado, e, da mesma forma, todos ganham com a prevenção e a mitigação de seus efeitos.

Maneira eficaz de se fazer isso quando já se encontra instaurado o problema é - além de criar um tratamento difuso do problema através da promulgação de uma lei específica - permitir que se reequilibre o orçamento do superendividado, reequilibrando seus contratos. Os credores recebem proporcionalmente ao que é possível com o orçamento do devedor e, de acordo com o justo, o devedor paga suas dívidas.

¹⁸³¹ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006. p. 105.

¹⁸³² PEREIRA, Wellerson Miranda. Superendividamento e crédito ao consumidor: reflexões sob uma perspectiva de direito comparado. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 187.

¹⁸³³ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz, LIMA, Clarissa Costa de. Tratamento do crédito ao consumo na América Latina e superendividamento. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 208.

Assim como o devedor tem o dever de pagar, tem o direito de ter resguardada sua vida digna, e o credor, que tem o direito de receber, tem também, o dever de renegociar os créditos que possui com indivíduos falidos.

E não há se falar naquele que se furta a pagar deliberadamente, pois este age de má-fé e não será protegido. Todos os mecanismos de cobrança permanecem vigentes, o que se pretende é tratar o superendividado que deseja pagar seus credores, garantindo-lhe vida digna através do apoio estatal. Pois, como bem conclui Felipe Kirchner: “Não se pode permitir, jurídica e moralmente, o sacrifício dos bens existenciais do indivíduo para a maximização dos bens patrimoniais de outrem.”¹⁸³⁴

Se, como dito no histórico do superendividamento, o falido pessoa física foi absolutamente ignorado pelo direito brasileiro, hoje, a doutrina consumerista passa a proteger o consumidor superendividado. Contudo, o falido pessoa física não considerado consumidor – ainda que este conceito não seja pacífico - continuará esquecido no Brasil se o contratante particular superendividado não for mencionado nos estudos sobre o tema.

A partir disso é buscada a visão constitucional do direito civil a abalizar a revisão de qualquer contrato, independente de sua classificação, valendo o superendividamento do devedor como motivo para este reequilíbrio e descobrindo uma forma viável de se fazer cumprir a obrigação. Mas, para que isso seja possível, há que se partir de uma nova visão do direito civil, influenciado pelo constitucional, pois compreender a revisão dos contratos pelo superendividado, a partir de um prisma liberal do século passado, é inviável. Este é um instituto totalmente baseado na nova visão humana do direito que tem crescido entre os juristas deste século, pois o superendividamento como hipótese de revisão dos contratos permite a proteção da equidade, do justo, do ético e do interesse social¹⁸³⁵, bem como dos direitos humanos que não podem ser esquecidos em nenhuma área do direito.

¹⁸³⁴ KIRCHNER, Felipe. Os novos poderes oriundos do contrato: readaptação e ruptura do vínculo contratual em razão da impossibilidade material. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 16, n. 62, p. 40-85, abr. /jun. 2007. p. 81.

¹⁸³⁵ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 223.

Buscando-se uma imagem adequada para ilustrar nosso entendimento, poderíamos pensar que chegou a ora de trocar as lentes com que se observa o direito pátrio. A visão individualista do século passado, permeada pelo dogma da autonomia da vontade, dá lugar a novas lentes, cujo grau maior é dado pela Carta Maior vigente, que buscam e consideram o contrato como uma forma de geração de riqueza social e construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Todos os contratos firmados, sob esta ótica, são objeto de fiscalização do Estado juiz. Não cabe mais, somente às partes, definirem o que pretendem fazer e da forma que desejam.¹⁸³⁶

Além disso, a nova visão da autonomia privada permite que, se a possibilidade de autodeterminação for afetada, quando da execução do contrato, seja revista a obrigatoriedade de cumpri-la, como bem afirma Canaris:

Neste contexto se situa a muito discutida decisão do Tribunal Constitucional Federal sobre finanças, pois o seu pensamento nuclear está em que a autonomia privada – constitucionalmente garantida – não pode ser entendida apenas num sentido formal, mas antes também materialmente, e em que, portanto, uma concreta parte pode carecer, em determinadas condições, de ser protegida perante a vinculação a um contrato que lhe é desvantajoso ou perigoso, na medida em que, por ocasião da sua conclusão, estivesse consideravelmente afectada a sua possibilidade fática de autodeterminação, no exercício da autonomia privada.¹⁸³⁷

E não se diga que a possibilidade de se considerar superndividado um indivíduo participante de uma relação entre particulares (não consumidores) geraria a instabilidade nos contratos puramente privados, pois as leis de falências dos países do *common law* jamais fizeram distinção entre falido consumidor e falido particular e nunca tiveram problemas com o inadimplemento em massa. Só se está defendendo que a delimitação do que é ou não relação de consumo é subjetiva e não pode ser o marco que delimitará quando é ou não possível revisar um contrato. Somente a análise das circunstâncias particulares do caso concreto, isto é, o comportamento dos contratantes e as justificativas para a falência do devedor determinarão se o contrato deve ou não ser revisado a fim de viabilizar o seu adimplemento.

A condição de consumidor será tão somente um indicador de que o julgador deverá suavizar as exigências para conceder o auxílio ao devedor diante de sua vulnerabilidade, bem como a identificação de que se trata de um contrato entre iguais deve orientar o juiz no sentido de que deve tornar o pagamento possível, sem prejudicar o credor. Se, no primeiro caso, serão utilizadas ferramentas de combate ao superendividamento que protejam mais o

¹⁸³⁶ CASADO, Márcio Mello. Os Princípios Fundamentais como Ponto de Partida para uma Primeira Análise do Sobreendividamento no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 33, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 134 e 135.

¹⁸³⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução Ingo Wolfgang Salet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 73.

devedor (isto é, todas as que foram vistas, inclusive as que levem em consideração o dever do fornecedor de verificação da capacidade de reembolso a justificar a extinção *ipso iure* total ou parcial da dívida, a redução ou exclusão dos juros, a limitação da percentagem a ser descontada do salário no caso de crédito consignado, etc.), no segundo, o juiz deverá buscar meios que apenas permitam o cumprimento (parcelamento, redução dos juros à taxa legal, extinção de cláusula penal e, dependendo da situação financeira do devedor, até mesmo a extinção *ipso iure* de alguma parte da dívida em atenção à dignidade do devedor e sua família, desde que isto não represente um grande prejuízo à outra parte). Lembrando que em ambos deverá ser fixado um mínimo existencial.

Isto é, o tratamento de todas as dívidas do indivíduo superendividado, sem exceção, revisando seus contratos a fim de encontrar meios de se restaurar sua vida financeira em autêntica recuperação judicial da pessoa física. Os moldes adotados podem ser os europeus, mas a abrangência do tratamento deve ser a da *bankruptcy* da lei anglo-saxã que permite a recuperação de pessoas físicas não-consumidoras, revendo seus débitos tanto em relações jurídicas de consumo, como puramente privadas.

Ainda que se tenha que atender a advertência de Lehmann no sentido de ter cuidado para não extrapolar os limites legislativos no intuito de remover os males do mundo com a boa-fé¹⁸³⁸, de alguma forma os falidos individuais merecem tratamento e o instituto legal previsto em nosso ordenamento jurídico civil que nos permite isso é a revisão dos contratos por onerosidade excessiva.

Ao final, o que se pretende com este trabalho é defender a existência de uma proteção ao falido pessoa física. Não apenas ao falido pessoa jurídica, conforme o direito brasileiro tem feito há anos, nem somente à pessoa física consumidora, conforme o direito moderno parece ter compreendido, mas a todos aqueles cujo passivo supere o ativo, independentemente de natureza do sujeito ou característica da relação estabelecida. Se o consumidor falido tem encontrado proteção na doutrina contemporânea, não há porque discriminar o indivíduo que não estabeleceu relação de consumo, até porque, em muitos casos, a caracterização da relação de consumo é bastante controversa. E, se, mesmo sem uma lei de falência para a pessoa física no ordenamento jurídico nacional, o consumidor

¹⁸³⁸ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 41.

inadimplente puder revisar seus pactos, visando restabelecer a vida financeira a partir do art. 6º, V do CDC, também o contratante particular poderá – ainda que com maiores limitações – revisar ou resolver a sua com base nos artigos 317, 478, 479 e 480 do CC, tudo sempre sob a ótica constitucional do Direito, lembrando que são objetivos fundamentais da república, a proteção da dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a erradicação da pobreza e da marginalização. Caberá ao juiz determinar, em cada caso concreto, qual indivíduo falido merece a proteção do Estado.

O fato é que é imprescindível tratar das pessoas físicas falidas para se atingir um efetivo Estado Social e Democrático de Direito. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior:

É inegável, nos tempos atuais, que os contratos, de acordo com a visão social do Estado Democrático de Direito, há de submeter-se ao intervencionismo estatal manejado com o propósito de superar o individualismo egoístico e buscar a implantação de uma sociedade presidida pelo *bem estar* e sob efetiva prevalência da garantia jurídica dos direitos humanos.¹⁸³⁹

Há quase 2500 anos, um célebre ateniense, Péricles, que deu seu nome ao mais brilhante século da Grécia antiga, alertava: “A confissão de pobreza não é para nós desgraça; a verdadeira desgraça é nada fazer para combatê-la.” Isso é, pois, o que aqui se propõe: discutir meios para combater a miséria dos superendividados com as armas que o ordenamento disponibiliza.

¹⁸³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 6.

REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.
- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004.
- _____. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: pontos de convergência. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 48, out-dez. 2003.
- _____. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais. **Revista de Direito Renovar**, n. 18. Rio de Janeiro, Renovar. p. 11-19, set-dez. 2000.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. – 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os direitos dos consumidores**. Livraria Almedina: Coimbra. 1982.
- ALTERINI, Atílio Aníbal. **La tutela de la parte debil del contrato en el nuevo Codigo Civil brasileño**. Disponível em: <http://alterini.org/tonline/to_aaa9.htm>. Acesso em: 17 fev. 2006.
- ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.
- ARISTÓTELIS. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005.
- ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. – 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. - 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). - São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista de direito do consumidor**, nº33. São Paulo: RT, jan/mar 2000. p. 123-129.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo código civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e; onerosidade excessiva. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 51, n. 308, p. 7-25, jun. 2003.

_____. Teoria da imprevisão e revisão judicial dos contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 733, p.109-119, nov. 1996.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. A revisão contratual por excessiva onerosidade superveniente à contratação positivada no Código de Defesa do Consumidor sob a perspectiva civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BASTA, Darci et al. **Fundamentos de marketing**. Série Gestão empresarial (FGV Manegment). – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

BATELLO, Silvio Javier. A (in)justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 1995.

BECCARIA, Cesare Bonesana, **Dos delitos e das penas**. Tradução Marcilio Teixeira. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979.

BELMONTE, Cláudio Petrini. **A redução do negócio jurídico e a proteção dos consumidores** – uma perspectiva luso-brasileira. Coimbra: Coimbra Editora. Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito. 2003.

BENJAMIN, Antônio Herman V. et. al. **Manual de Direito do Consumidor**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BENJAMIN, Antônio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. **Revista dos Tribunais**, v. 628. São Paulo: RT, fev. 1988. p. 69-79.

BERGÉ, Marc. Brilhante como uma taça de ouro. Tradução de Celso Pociornik. **História viva grandes temas: Mesopotâmia**. São Paulo, [s.d.] (Edição especial temática n. 6) p. 38-45.

BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Bancos de Dados e Superendividamento do Consumidor: cooperação, cuidado e informação. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 50. p. 36-57, 2004.

_____. **Superendividamento e Dever de Renegociação**, Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2006.

BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz, LIMA, Clarissa Costa de. Adesão ao projeto conciliar é legal – CNJ: Projeto piloto: tratamento das situações de superendividamento do consumidor: **Revista de direito do Consumidor**, n. 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Superendividamento aplicado**: Aspectos Doutrinários e Experiência no Poder Judiciário. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

_____. Tratamento do crédito ao consumo na América Latina e superendividamento. *In* MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado**: Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BESSA, Leonardo Roscoe. Fornecedor equiparado. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, v.16, n.61, p. 126-141, jan.-mar./2007.

BESSONE, Darcy. **Do contrato**: teoria geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor**: código de defesa do consumidor (Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990). – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

BONATTO, Cláudio. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**: principiologia, conceitos, contratos. – 3ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BOONE, Louise. KURTZ, David. **Marketing Contemporâneo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Ltc. 1998.

BORGOUGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. **Revista de direito do consumidor**, n.2. São Paulo: RT, 1992.

BORGES, Isabel Cristina Porto. **Alterações na lei do inquilinato**: comentários à lei 12.112/09. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei n. 6960/2002**. Autoria: Sen. Ricardo Fiuzza. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/Prop_Detalhe.asp?id=56549> Acesso em: 10 dez. 2004.

BRAUCHER, Jean. Book Review. WARREN, Elizabeth; TYAGI, Amelia Warren. **The two-income trap**: why middle class mothers and fathers are going broke. - In: Emory Bankruptcy Developments Journal, 2004. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>.

BUSS, Fernando. **A quebra da base do negócio jurídico nos contratos de crédito rural**: fatos alheios supervenientes. São Leopoldo, 1998.

CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CALAIS-AULOY, Jean. **Droit de la consommation**. - Paris: Dalloz, 1986.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução Ingo Wolfgang Salet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** Tradução A. Menezes Cordeiro. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANATO, Mônica Aparecida. Contratos do sistema financeiro da habitação: a onerosidade anti-social. *In* MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato:** Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 301-335.

CARDINI, Eugenio Osvaldo. **Lesion sobreviniente; o, la “teoria de la imprevision”:** **actualizacion de la doctrina, jurisprudencia y legislacion nacional y extranjera.** Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.

CARDOSO, Débora Rezende. O fim negativo do contrato no Código Civil de 2002: resolução por onerosidade excessiva. *In* MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato:** Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 529-558.

CARNEIRO, Maria Paula. **Da clausula rebus sic stantibus.** São Paulo: Do autor, 1959.

CARVALHO, João Andrades. **Código de defesa do consumidor:** comentários, doutrina, jurisprudência. – Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2000.

CASADO, Márcio Mello. A responsabilidade civil das casas bancárias no fornecimento inadequado do crédito. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 22, p. 117-122, abr./jun. 1997.

_____. Os Princípios Fundamentais como Ponto de Partida para uma Primeira Análise do Sobreendividamento no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 33, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 130-142.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. O perfil do superendividamento: referências no Brasil. *In* MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado:** Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Superendividamento: propostas para um estudo empírico e perspectiva de regulação. *In* MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado:** Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. **Endividamento e Sobreendividamento das Famílias Conceitos e Estatísticas para a sua Avaliação.** Disponível em: <http://www.oec.fe.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf_estudos_realizados/estudo_parte2%20cap_1.pdf> Acesso em: 09.07.2007.

_____. **O Sobreendividamento em Portugal.** Disponível em: <http://www.oec.fe.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf_estudos_realizados/sobreend.pdf> Acesso em: 09.07.2007.

CHARDIN, Nicole. **Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté**. Paris: LGDJ, 1988.

CICERONE, Paola Emilia. Loucos por compras. **Mente e Cérebro**, São Paulo, n. 176, p. 44-49, set. 2007. Edição de aniversário.

_____. Táticas de sedução. **Mente e Cérebro**, São Paulo, n. 176, p. 58-61, set. 2007. Edição de aniversário.

Colóquio Internacional: **Aspectos jurídicos da proteção dos consumidores: Comparações França – Brasil – Argentina**, realizado nos dias 29 e 30 de maio de 2008, no salão nobre da Faculdade de Direito/UFRGS. Organização do Curso de Especialização em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais da UFRGS.

Comité Económico e Social sobre ao Sobreendividamento das Famílias – União Européia. **Boletim UE 7/8-2000 e Parecer**. Disponível em: <<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002IE0511:PT:HTML>> Acesso em: 09.07.2007.

CONSALTER, Rafaela. Novas tendências da atuação da Defensoria Pública na defesa do consumidor necessitado. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **O Perfil do Superendividado no Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <http://www.adpergs.org.br/restrito/arq_artigos30.pdf> Acesso em: 09.05.2006.

CORDEIRO, Eros Belin de Moura. **Da revisão dos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COSSIO, Carlos. **La teoría de la imprevisión**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 142 p.

_____. O Direito do Consumidor e a Técnica do Prazo de Reflexão, **Revista de Direito do Consumidor**, n. 43, p. 259-272, 2002.

_____. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

COSTA, Maria Aracy Menezes da. Os novos poderes/direitos oriundos do contrato no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor: vontade das partes. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 226-246.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatasky, 1976.

_____. A teoria da base objetiva do negócio jurídico no direito brasileiro. **Revista dos tribunais**. São Paulo, v. 655. p. 7-11. 1990.

CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 247-284.

DANIEL, Tery Rebecca. **Improvident extension of credit as an extension of unconscionability**: Discover Bank v. Owens and a debtor's rights against credit card companies. In: Cleveland State Law Review, 2006. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>.

D'AZEVEDO, Ana Rispoli. Os novos deveres dos contratantes na perspectiva do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 285-300.

DE LUCCA, Newton. **Direito do Consumidor**. - São Paulo: Quartier Latin, 2003.

DERRUPPÉ, Jean. **Rapport de Synthèse. L'Endettement**. Paris: LGDJ, 1997.

DICKERSON, Michele. Univ. do Texas-Austin, Estados Unidos. **Superendividamento do Consumidor: Uma Perspectiva Norte-Americana**. Seminário realizado em 02 de outubro de 2007 no salão nobre da Faculdade de Direito/UFRGS.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 17. ed. atual. de acordo com o novo código civil (Lei 10.406/2002). São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3: direito das coisas.

_____. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. – 10. ed. adaptada à Lei n. 10.406/2002 – São Paulo: Saraiva, 2004.

DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Responsabilidade pós-contratual no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**; Tradução Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. (Coleção Dike).

DRUCKER, Peter Ferdinand. **O melhor de Peter Drucker**: a administração. Tradução Arlete Simille Marques. São Paulo: Nobel, 2002.

DUNS, John, MASON, Rosalind. **Debt Agreements Down Under**: Straining the KISS Principle. International Conference Law and Society in the 21st Century: Transformations, Resistances, Futures. Humboldt-Universität zu Berlin, 28 July 2007.

DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do**

Contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 87-136.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana:** a teoria e a prática da igualdade; tradução Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Taking Rights Seriously.** 6ª tir. London, Duckworth, 1991.

EFRAT, Rafael. **The evolution of bankruptcy stigma – Personal Bankruptcy in the 21st Century:** Emerging Trends and New Challenges. In: Theoretical Inquires in Law, July 2006. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. **Revista Jurídica**, v. 54, n. 349. Porto Alegre: Notadez, nov. 2006. p. 53-92.

_____. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FIGUEREDO, Aécio Manoel de Sousa. **Revisão do contrato.** Curitiba: Juruá, 2004.

FLAH, Lily R.; SMAYESKY, Mirian Colab. **Teoria de la imprevisión:** aplicación y alcances, doctrina, jurisprudência. Buenos Aires: Depalma, 1989.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão.** Rio de Janeiro. Forense, 1958.

FRADE, Catarina. **Desemprego e Sobreendividamento dos Consumidores:** contornos de uma ligação perigosa. Disponível em: <http://www.oec.fe.uc.pt/biblioteca/pdf/relatorio_desemprego_sobreendividamento.pdf> Acesso em: 09.07.2007.

FRADE, Catarina, MAGALHÃES, Sara. Sobreendividamento, a outra face do crédito. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado:** Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. **Les contrats du consommateur.** Palestra proferida nas Journées Colombiennes em Bogotá, Colômbia, 24 a 28 de setembro de 2007. No Prelo.

_____. O valor do silêncio no novo Código Civil. **Aspectos controvertidos do Novo Código Civil:** Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Rio de Janeiro: Editora Padma. Ano 5, vol. 19, jul/set. 2004.

_____. **Superposição de contratos**. Palestra proferida na FGV de São Paulo, s/d. No Prelo.

FRANTZ, Laura Coradini. **Bases Dogmáticas para Interpretação dos artigos 317 e 478 do novo Código Civil Brasileiro**. Dissertação de Mestrado (Livre Docência) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2004.

FROTA, Mario. Serviços financeiros à distância – Um tijolo mais na edificação de um espaço econômico europeu único *In* MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FURET, François; OZOUF, Mona. **Dicionário crítico da revolução francesa**. Tradução Henrique Mesquita. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Algumas considerações sobre a teoria da imprevisão**. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2206>>. Acesso em: 2 mar. 2005.

GARCIA, Izner Hanna. **Revisão de contratos no novo Código Civil**. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.

GARRAHAN, Matthew. Mutuários dos EUA já devem mais do que emprestam. **Folha de São Paulo**, Tradução de Luiz Roberto Mendes Gonçalves. São Paulo 18 ago. 2007.

GIANCOLI, Brunno Pandori. **O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

GIANFELICI, Mario César. **La frustración del fin del contrato**. 1ª ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

GLANZ, Semy. Responsabilidade Civil das Instituições Financeiras pela Má Concessão de Crédito. **Revista da EMERJ**, n. 1-2, p. 105-114. Rio de Janeiro, 1998.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2ª ed. aum. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Inovações do Projeto de Código Civil. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 43-52, ju./nov. 1998.

GORDLEY, James. **Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

GRYNBAUM, Luc. **Le contrat contingent**. L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur. Paris: LGDJ, 2004. (Bibliothèque de droit privé. Tome 389)

GUASTINI, Riccardo. **L'interpretazione dei documenti normativi**. Trattato di diritto civile e commerciale. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2004.

HAMMEN, Horst. **Consumidores, investidores privados e não-profissionais: cem anos de proteção dos mais fracos no Direito Alemão**. Palestra internacional realizada em 29 de abril de 2008, 19 hs, no salão nobre da Faculdade de Direito/UFRGS. Organização Profa. Dra. Cláudia Lima Marques e Prof. Dr. Augusto Jaeger Júnior, em convênio com a Universidade de Gießen/Alemanha.

HARRIS, Ron; ALBIN, Einat. **Bankruptcy in light of manipulation in credit advertising – Personal Bankruptcy in the 21st Century: Emerging Trends and New Challenges**. In: Theoretical Inquires in Law, July 2006. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>.

HEGEL, G. W. F. **Princípios da Filosofia do Direito**; Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

IBAÑES, Mirian. Esplendor e sombra. **História viva grandes temas: Mesopotâmia**. São Paulo, [s.d.] (Edição especial temática n. 6) p.6-7.

ITURRASPE, Jorge Mosset. Las cláusulas abusivas em la contratación (Informe del derecho argentino). **Revista de direito do consumidor**, nº44. São Paulo: RT, out/dez 2002. p. 49-67.

ITURRASPE, Jorge Mosset; FALCÓN, Enrique M; PIEDECASAS, Miguel A. **La frustración del contrato y la pesificación**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.

JAPÃO, Lei de Contratos de Consumo, de 12.05.2000. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 43, jul./set. 2002.

JUNGMANN, Nadja, HULS, Nick. **The shadow of the court**. International Conference Law and Society in the 21st Century: Transformations, Resistances, Futures. Humboldt-Universität zu Berlin, 27 July 2007.

KELLY-LOUW, Michelle. **Prevention of over-indebtedness and mechanisms for resolving over-indebtedness of South African consumers**. International Conference Law and Society in the 21st Century: Transformations, Resistances, Futures. Humboldt-Universität zu Berlin, 27 July 2007.

KHAYAT, Danielle. **Le droit du surendettement des particuliers**. Paris: LGDJ, 1997.

KILBORN, Jason. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

KIRCHNER, Felipe. Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, n. 65, p. 63-113, jan./mar. 2008.

_____. Os novos poderes oriundos do contrato: readaptação e ruptura do vínculo contratual em razão da impossibilidade material. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 16, n. 62, p. 40-85, abr./jun. 2007.

KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

KOTLER, Philip. **Administração de marketing**: análise, planejamento, implementação e controle; Tradução Ailton Bomfim Brandão – 5. ed. – 7. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2008.

KOTLER, Philip. ARMSTRONG, Gary. **Princípios de Marketing**. Tradução Vera Whately; rev. Roberto Meireles Pinheiro. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Prentice Hall do Brasil, 1998.

LAFONT, Bertrand. O poder, a sangue e fogo. Tradução de Alexandre Agaleiti Fernandes. **História viva grandes temas: Mesopotâmia**. São Paulo, [s.d.] (Edição especial temática n. 6) p.48-51.

LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento del contrato**. Tradução de Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.

_____. **Derecho de Obligaciones**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, v. 1.

LEITE, Marçal Alves. A loja virou banco. **Zero Hora**, Porto Alegre, 8 jul. 2007, caderno Empregos e Oportunidades, Sua Renda.

LEONI, Guilherme Loria. Aspectos legais do contrato de adesão. **Revista jurídica da Universidade de Franca**. Franca: Universidade de Franca. V. 6, n. 11, 2003. p. 86-110.

LIMA, Clarissa Costa de. **Empréstimo responsável**: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orient: MARQUES, Claudia Lima. Porto Alegre, 2006.

_____. Reflexões sobre a resolução do contrato na nova teoria contratual. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 504-528.

LISBOA, Silvia. Comprar pode ser um vício. **Zero Hora**, Porto Alegre, 13 out. 2007, caderno Vida.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao Consumidor e Superendividamento – Uma problemática Geral. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 17, p. 57-64, 1996.

_____. Direito civil e direito do consumidor – Princípios. In PASQUALOTTO, Adalberto. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**: convergências e assimetrias. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **La emergencia económica y los contratos**. 2. ed. ampl. e act. Buenos Aires: Rubinzal – culzoni, 2002.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACHADO, Dyonelio. **Os ratos**. 20. ed. São Paulo: Ática, 1997.

MACNEIL, Ian. **The relational theory of contract**: selected works of Ian Macneil. Edited by David Campbell. London: Sweet & Maxwell, 2001.

MAIA, Paulo Carneiro. Cláusula “rebus sic stantibus”. In: FRANÇA, R. Linangi (Org.) **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. **Da Cláusula rebus sic stantibus**. São Paulo: Saraiva, 1959.

MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela específica do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.13, n.50, abr./jun. 2004. p. 71-116.

MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 17-86.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 4. ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate das cláusulas abusivas. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 71-99.

_____. Novos temas na teoria dos contratos: Confiança e o conjunto contratual. **Revista da AJURIS**: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. – Porto Alegre, n. 100, p. 73-97, dez. 2005.

_____. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado**: Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. et al. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º a 74: aspectos materiais. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado**: Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vítor; FRADE Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. **O Endividamento dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; FRADE Catarina. **Regular o Sobreendividamento**. Disponível em: <
<http://www.gplp.mj.pt/home/conferencias/cire/Maria%20Manuel%20Leit%C3%A3o%20Marques.pdf>> Acesso em: 09.07.2007.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT. vol. 80, n. 670. ago. 1991, p. 41-48.

_____. **Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo código civil** (estruturas e rupturas em torno do artigo 187). Boletim Adcoas, v. n. 10, p. 309-310, 2003.

_____. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. *In* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. apresentação de Jacob Gorender; coordenação e revisão de Paul Singer; Tradução de Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. – São Paulo: Abril Cultural, 1983.

_____. **Para a crítica da economia política; Salário, preço e lucro; O rendimento e suas fontes**: a economia vulgar. introdução de Jacob Gorender; traduções de Edgard Malagodi [et al.]. – São Paulo: Abril Cultural, 1982.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. Atualização de Eurico Andrade Azevedo et. al. 25.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELGARÉ, Plínio. Um olhar sobre os direitos fundamentais e o estado de direito – breves reflexões ao abrigo de uma perspectiva material. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Jurisdição e direitos fundamentais**: anuário 2004/2005. – Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006.

MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Uma lei para os consumidores superendividados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 76-89, jan/mar. 2007.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Diretrizes teórico-dogmáticas para a interpretação e aplicação do artigo 187 do código civil**: renovação e possibilidades da teoria do abuso do Direito no Brasil, Tese de Doutorado – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2007.

_____. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. *In* MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 176-225.

_____. O direito do consumidor como direito fundamental: conseqüências jurídicas de um conceito. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: RT, julho-setembro/2002, p.111-132.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 1 a 6, 22, 23, 25, 38 e 56.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MORAES, Renato José de. **Cláusula “rebus sic stantibus”**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MÓRO, Sandra Maria. **Revisão judicial de contratos**. São Leopoldo, 1996.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NETTO, J.R. Vieira. **O risco e a imprevisão: duas tendências no âmbito da responsabilidade civil**. Curitiba. Juruá, 1989.

NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005**. – Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006.

NEVES, Castanheira António. **Metodologia jurídica**. Coimbra: Coimbra, 1993.

NORDMEIER, Carl Friedrich. O novo direito das obrigações no Código Civil alemão – A reforma de 2002 – *In* MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 137-175.

NOVAIS, Alinne Arquete Leite. **A teoria contratual e o código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

O PERÍODO ético. **O estoicismo**. Disponível em: <<http://www.mundodosfilosofos.com.br/estoicismo>>. Acesso em: 7 fev. 2006.

OBSERVATÓRIO DE ENDIVIDAMENTO DOS CONSUMIDORES. **Parecer sobre a Proposta de Directiva sobre Crédito aos Consumidores**. Disponível em: <http://www.oec.fe.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf_estudos_realizados/parecer_directiva.pdf> Acesso em: 09.07.2007.

OLIBONI, Marcella Lopes de Carvalho Pessanha. O Superendividamento do Consumidor Brasileiro e o Papel da Defensoria Pública: criação da comissão de defesa do consumidor superendividado. *In* MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Abgar Soriano de. **Da cláusula rebus sic stantibus**. Recife: Ed do autor, 1940.

- OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. São Paulo: Leud, 1991.
- PAISANT, Gilles. A Reforma do Procedimento de Tratamento do Superendividamento pela Lei de 1º de Agosto de 2003 sobre a Cidade e a Renovação Urbana. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. A Reforma do Procedimento de Tratamento do Superendividamento pela Lei de 29 de Julho de 1998, Relativa a Luta contra as Exclusões. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. El Tratamiento del Sobreendeudamiento de los Consumidores en Derecho Francés. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 42, p. 9-26, abr/jun 2002.
- PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002. In PASQUALOTTO, Adalberto. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- PEARSON, Gail. **A Proteção dos Consumidores na Austrália**. Palestra internacional realizada em 14 de agosto de 2008, no salão nobre da Faculdade de Direito/UFRGS. Organização Profa. Dra. Cláudia Lima Marques e Augusto Jaeger Junior, realizado pela Especialização em Direito Internacional da UFRGS – O Novo Direito Internacional em conjunto com a Especialização em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais da UFRGS, PROCAD e a CAPES.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. Cláusula Rebus Sic Stantibus. **Revista Forense**, v. 92, out. 1942.
- _____. **Instituições de direito civil**. 3.ed. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 3.
- PEREIRA, Camila. TODESCHINI, Marcos. Anatomia do consumo. **Revista Veja**. São Paulo. 17 dez. 2008. Disponível em: http://veja.abril.com.br/171208/p_090.shtml Acesso em 16.01.2009.
- PEREIRA, Wellerson Miranda. Superendividamento e crédito ao consumidor: reflexões sob uma perspectiva de direito comparado. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e Crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- PORTER, Katherine; THORNE, Deborah. **The failure of bankruptcy's fresh start**. In: Cornell Law Review, November, 2006. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>.
- RAMSAY, Iain. **Comparative Consumer Bankruptcy** – Symposium: Consumer bankruptcy and credit in the wake of the 2005 act. In: University of Illinois Law Review, 2007. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Coleção justiça e direito)

REHDER, Marcelo. Spread bancário custa R\$ 261 bi aos brasileiros. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 27 dez. 2009, caderno Economia e Negócios.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O Conceito Jurídico de Consumidor. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Rio de Janeiro: Editora Padma. Ano 5, vol. 18, abr/jun 2004.

RIPERT, George. **A regra moral nas obrigações civis**. São Paulo: Saraiva, 1937.

RITZEL, Lúcia. Movidos a crediário. **Zero Hora**, Porto Alegre, 13 abr. 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROPPO, Vincenzo. **Il contratto**. Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti. Milano: Giuffrè Editore, 2001.

_____. **Il contratto del duemila**. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005.

ROUTIER, Richard. **Obligations et responsabilités du banquier**. Paris: Dalloz, 2005.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: lei n. 8.078, de 11.9.90**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Crédito consignado e superendividamento dos servidores públicos: evolução da jurisprudência**. Palestra proferida no Colóquio Internacional: Aspectos jurídicos da proteção dos consumidores: Comparações França – Brasil – Argentina, realizado nos dias 29 e 30 de maio de 2008, no salão nobre da Faculdade de Direito/UFRGS. Organização do Curso de Especialização em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais da UFRGS. No Prelo.

_____. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2 ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOLIM, César Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 55, jul/set. 2005. p. 53-84.

SANTOS, Antonio de Almeida. **A teoria da imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil**. Lourenço Marques: Minerva Central, 1972.

SANTOS, Cláudio Sinoé Ardenghy dos. **Superendividamento – A Fragilidade do Consumidor.** Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/06de2005/superendividamento_claudiosionoeardenghydossantos.htm> Acesso em: 09.05.2006.

SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing:** uma abordagem jurídica do marketing empresarial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. **Cláusula “Rebus sic stantibus” ou teoria da imprevisão:** revisão contratual. Belém: Cejup, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2010.

_____. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. **Revista de Direito do Consumidor,** São Paulo: RT, v.16, n.61, p. 90-125, jan. -mar./2007.

_____. Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídicas-privadas. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (coord.); LONGO, Luís Antônio (coord.). **A constitucionalização do direito.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008. p. 113-156.

SCHEIER, Christian, LEFIMÖLLMANN, Annette. A ciência por trás da propaganda. **Mente e Cérebro,** São Paulo, n. 176, p. 51-57, set. 2007. Edição de aniversário.

SCHMIDT NETO, André Perin. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. **Revista de Direito do Consumidor,** n. 71, jul./set. 2009. p. 9-33.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo,** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SCLIAR, Moacyr. Quando comprar é doença. **Zero Hora,** Porto Alegre, 13 out. 2007, caderno Vida.

SCIASCIA, Gaetano. **Sinopse de direito romano.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. v. 1.

SHAKESPEARE, William. **O mercador de Veneza.** Tradução Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2008.

SHETH, Jagdish N. Capítulo 5: Comportamento do Consumidor. In CZINKOTA, Michael R. **Marketing:** as melhores práticas. São Paulo: Editora Bookman. 2001.

SIDOU, J M Othon. **A cláusula rebus sic stantibus no direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962.

_____. **A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas.** 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Adimplemento e extinção das obrigações:** comentários aos artigos 304 a 388 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil. Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale, v.6).

SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos:** do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SOULIER, Gérard. **A Europa:** história, civilização, instituições. Lisboa: Instituto Piaget, [s.d.]

SOUZA, Gustavo Bücker de. Direito Natural X Direito Positivo. In. INSTITUTO DE ESTUDOS EMPRESARIAIS (Org.) **Pensamentos liberais.** Porto Alegre: Instituto de Estudos Empresariais, 2002. v. 6.

SPEZIALI, Paulo Roberto. **A revisão contratual.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SULLIVAN, Teresa A. **Gender differences in accounts of bankruptcy.** In: Saint Louis Public Law Review, 2005. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. As relações de consumo e a nova teoria contratual. **Temas de Direito Civil.** 3. ed., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2004.

_____. Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: A exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. **Revista Forense.** Rio de Janeiro, v. 377, jan/fev, 2005. p. 237-254.

TESSLER, Marga Inge Barth. Administração da Justiça: inovações – O Projeto Conciliação no SFH do TRF 4.^a Região. In MARQUES, Cláudia Lima, CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.) **Direitos do Consumidor Endividado:** Superendividamento e Crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor:** a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. - Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **O contrato e seus princípios.** Rio de Janeiro: Aide, 2001.

_____. **O contrato e sua função social.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TIMM, Luciano Benetti. **O superendividamento e o direito do consumidor.** Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor., Porto Alegre, magister, n. 8, p. 40-55, abr/maio, 2006.

TOLEDANO BARRERO, Vicente. La protección al consumidor sobreendeudado: la experiencia francesa. In: **Credito al consumo y transparencia bancaria.** Madrid: Civitas, 1998.

TONETTO, Leandro Miletto et al. O papel das heurísticas no julgamento e na tomada de decisão sob incerteza. **Estudos de Psicologia**. Campinas, 23 (2), abr./jun. 2006. p. 181-189.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

USTARROZ, Daniel. **A responsabilidade contratual no novo Código Civil**. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.

VANZELLA, Rafael. O contrato, de Enzo a Vincenzo. **Revista Direito GV** 2. v. 1, n. 2, jun./dez. 2005. p. 221-228.

VATICANO. **Código de Direito Canônico**. Tradução CNBB, comentários Pe. Jesús Hortal, S.J. São Paulo: Loyola, 1994.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia privada no código civil brasileiro e no código de defesa do consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 791, set. 2001.

VIEIRA, Miguel Marques. Boa-fé objetiva na formação do contrato eletrônico. **Revista de direito de informática e telecomunicações – RDIT**. Belo Horizonte: Fórum, v.2, n.3, jul.2007, p. 109-129.

VON IHERING, Rudolf. **A luta pelo direito**; introd. de Roberto de Bastos Lellis. Rio de Janeiro, Liber Juris, 1987.

WALD, Arnaldo. O direito do desenvolvimento: eficiência e ética. **Informativo IASP**, São Paulo, n. 72, p.3-4, abr./maio 2005.

_____. **Obrigações e contratos**. 6. ed. rev., ampl. e atualizada com colaboração do professor Semy Glanz, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e com referência ao Projeto de Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. O princípio “pacta sunt servanda”, a teoria da imprevisão e a doutrina das dívidas de valor. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 22, n. 64, p. 386-394, jul. 1995.

WARREN, Elizabeth. **A new conversation about the middle class**. In: Harvard Journal of Legislation, Winter, 2007. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>.

WATANABE, Kazuo et. al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. – 8 ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

WEATHERFORD, Jack McIver. **A história do dinheiro**: do arenito do ao *cyberspace*. Ed. rev. - São Paulo: Negócio Editora, 2000.

ZAMBRANO, Guilherme da Rocha. Os novos instrumentos de equilíbrio contratual. *In* MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**: Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 336-359.

ZANELATTO, Marco Antônio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. **Revista de direito do consumidor**. n. 45. São Paulo: RT, jan/mar 2003. p. 172-191.

ZAVASCHI, Olyr. Cartão. **Zero Hora**, Porto Alegre, 27 jul. 2007, Almanaque gaúcho.

ZIEGEL, Jacob. **The challenges of comparative consumer insolvencies**. In: Penn State International Law Review, Winter 2005. Disponível em <<http://www.westlaw.com>>.

ZITSCHER, Harriet Christine. **Introdução ao direito civil alemão e inglês**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

ZYLBERSZTAJN, Décio, SZTAJN, Rachel. (org.) **Direito e Economia**: Análise econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.