



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

PEDRO TEÓFILO DE SÁ

**ONEROSIDADE EXCESSIVA NO CONTRATO DE
ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE COISA MÓVEL
- CÓDIGOS CIVIL E DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

PEDRO TEÓFILO DE SÁ

**ONEROSIDADE EXCESSIVA NO CONTRATO DE
ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE COISA MÓVEL
- CÓDIGOS CIVIL E DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Dra. Valkiria Aparecida Lopes Ferraro

Londrina
2011

PEDRO TEÓFILO DE SÁ

**ONEROSIDADE EXCESSIVA NO CONTRATO DE ALIENAÇÃO
FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE COISA MÓVEL - CÓDIGOS CIVIL E
DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr³. Valkiria Aparecida Lopes Ferraro
UEL – Londrina - PR

Prof. Dr. Elve Miguel Cenci
UEL – Londrina - PR

Prof. Dr. Wilson Donizeti Liberati Unibam

Londrina, 13 de junho de 2011

A Deus, pela sabedoria e pelas bênçãos.

In Memoriam, a José Teófilo de Sá e Iasue Iborsi de Sá, pela sábia e precisa condução no processo da minha educação.

Aos meus irmãos e demais familiares que souberam entender a minha ausência necessária.

AGRADECIMENTO

A Profa. Dra. Valkiria Aparecida Lopes Ferraro não somente pela oportunidade do aprimoramento profissional, mas, sobretudo, pela sua amizade, carinho.

Ao Prof. Dr. Clodomiro José Bonwart Junior, pelas valiosas discussões e orientações em todas as etapas deste trabalho.

A minha família pela confiança e motivação e por entenderem a necessária ausência.

A minha irmã de coração Dra. Andréia Elaine Fontana por permitir com que o universo contribuísse no equilíbrio do meu eixo corpo e mente.

Ao meu amigo Prof. Dr. Vagner Raso pela essencial contribuição na revisão e desenvolvimento do estilo literário deste estudo.

Aos meus amigos que souberam entender a minha ausência e pela motivação.

Aos colegas do curso pelo companheirismo e vibração nesta fase da jornada.

A todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para a realização deste trabalho.

"Qualquer que seja a coisa desejada,
você poderá buscá-la, contanto que a sua
concretização não prejudique ninguém."

Massaharu Taniguchi

SÁ, Pedro Teófilo de. **Onerosidade excessiva no contrato de alienação fiduciária em garantia de coisa móvel - códigos civil e de defesa do consumidor.** 2011. 153f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina. 2011

RESUMO

O instituto da alienação fiduciária surgiu no Brasil na década de 60 para fomento da economia direcionada ao consumo de bens duráveis. A difusão desse tipo de negócio jurídico contribuiu indiretamente para a criação de novas regras do contrato direcionadas à finalidade social que foram contempladas pelo Código Civil brasileiro de 2002. Além disso, o Código também fez previsão à onerosidade excessiva. Nesse passo, seguiu e ampliou os preceitos do Código de Defesa do Consumidor em vigor desde 1990 que estabelecia a alteração de cláusula contratual quando houvesse excessiva onerosidade. A partir de então, os dois veículos normativos disciplinam o assunto da obrigação contratual. É certo que o cumprimento do contrato está conexo à liberdade de contratar e à autonomia privada. Esta, por sua vez, se apresenta como moldura e permite a relativização do cumprimento das obrigações assumidas quando houver a onerosidade excessiva. O contrato de alienação fiduciária em garantia de coisa móvel faz parte da realidade contemporânea alcançada pela autonomia privada e deve caminhar na esteira da boa-fé exercendo sua função social para assegurar a dignidade humana que é apresentada na moldura dos valores constitucionais. Devido a difusão desse negócio jurídico estuda-se a caracterização do fenômeno da onerosidade excessiva diante dos Códigos Civil e de Defesa do Consumidor, separando-a da teoria da imprevisão.

Palavras-Chave: Alienação fiduciária. Garantia. Propriedade resolúvel. Onerosidade. Excessiva. Código civil. Código de defesa do consumidor.

SÁ, Theophilus Peter of. **Excessive burden on the contract for the fiduciary warranty thing in mobile - civil code and consumer protection.** 2011. 153f. Dissertation (Master in Civil Law) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina.

ABSTRACT

The Institute of liens arose in Brazil in the 60s to promote economy driven by consumption of durable goods. The spread of this type of legal business contributed indirectly to the creation of new rules of the contract aimed at social purpose that has been contemplated by the Brazilian Civil Code of 2002. In addition, the Code also has provision to excessive burden. In this sense, followed and expanded the provisions of the Code of Consumer Protection in place since 1990 which provided for an amendment to this contract provision when there was an excessive burden. Since then, the two regulatory vehicles govern the issue of contractual obligation. It is true that the fulfillment of the contract is related to freedom of contract and private autonomy. This, in turn, appears as a frame and allows for the relativity of obligations undertaken when there is excessive burden. The contract of chattel mortgage of movable part of contemporary reality achieved by the private and must travel in the wake of good faith exercising its function for human dignity that is displayed in the frame of constitutional values. Because the diffusion of legal business studies to characterize the phenomenon of excessive burden on the Civil Code and Consumer Protection, separating it from the theory of unpredictability.

keywords: Fiduciary. Warranty. Property resolvable. Excessive. Burden. Civil code. Code of consumer protection.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA	11
2.1 APONTAMENTOS INICIAIS SOBRE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA	11
2.2 FIDÚCIA	12
2.2.1 A Fidúcia em Roma	13
2.2.2 Fidúcia no Direito Germânico	15
2.2.3 Fidúcia no Direito Inglês	16
2.2.4 Alienação Fiduciária no Brasil	17
2.3 NEGÓCIO FIDUCIÁRIO	22
2.4 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA	23
2.5 PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA	26
2.6 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS MÓVEIS	29
2.7 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL	31
3 FORMAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA CONTRATUAL NOS CÓDIGOS CIVIL E DE DEFESA DO CONSUMIDOR	34
3.1 FORMAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICO-CONTRATUAL NO CÓDIGO CIVIL	34
3.1.1 Ato, Fato e Negócio Jurídico	36
3.1.2 Obrigação e Contrato	46
3.1.2.1 Obrigação	47
3.1.2.1.1 <i>Evolução da Obrigação</i>	48
3.1.2.1.2 <i>Conceito de Obrigação</i>	49
3.1.2.2 Contratos	50
3.1.2.2.1 <i>Conceito de Contrato</i>	52
3.2 EQUILÍBRIO CONTRATUAL NO CÓDIGO CIVIL	53
3.2.1 Autonomia Privada, Autonomia da Vontade e Autonomia Contratual	58
3.2.2 Cláusula Geral e Conceito Legal Indeterminado	66
3.2.2.1 Da Boa-Fé e Probidade	69
3.2.2.2 Função social do contrato	75
3.2.3 Conceitos Legais Indeterminados	79

3.3 FORMAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	79
3.3.1 Consumidor	80
3.3.2 Fornecedor	84
3.3.3 Relação de Consumo	85
3.3.4 Dirigismo Contratual	91
3.3.5 Código de Defesa do Consumidor como Direito Fundamental - Convivência entre os Códigos Civil e de Defesa do Consumidor	93
4 ONEROSIDADE EXCESSIVA NO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE COISA MÓVEL.....	99
4.1 BREVE APONTAMENTO HISTÓRICO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA	99
4.1.1 <i>Pacta Sunt Servanda e Rebus Sic Stantibus</i>	100
4.2 TEORIA DA IMPREVISÃO.....	102
4.2.1 Teoria da Imprevisão no Direito Alemão	105
4.2.2 Teoria da Imprevisão na França - Lei <i>Failliot</i>	107
4.2.3 Teoria da Imprevisão no Direito Inglês	108
4.2.4 Teoria da Imprevisão no Direito Italiano	108
4.2.5 Teoria da Imprevisão no Direito Brasileiro.....	109
4.3 CARACTERIZAÇÃO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NO CÓDIGO CIVIL -ARTIGO 478	112
4.4 CARACTERIZAÇÃO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	123
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	129
REFERÊNCIAS.....	145

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento econômico e social das últimas décadas proporcionou a ampla utilização do contrato de alienação fiduciária em garantia de coisa móvel. O instituto da alienação fiduciária surgiu no Brasil na década de 60 para fomento da economia direcionada ao consumo de bens duráveis.

A difusão desse tipo de negócio jurídico contribuiu indiretamente para a criação de novas regras do contrato direcionadas à finalidade social que foram contempladas pelo Código Civil brasileiro de 2002. Além disso, o Código também fez previsão à onerosidade excessiva. Nesse passo, seguiu e ampliou os preceitos do Código de Defesa do Consumidor em vigor desde 1990 que estabelecia a alteração de cláusula contratual quando houvesse excessiva onerosidade.

A partir de então, os dois veículos normativos disciplinam o assunto da obrigação contratual. É certo que o cumprimento do contrato está conexo à liberdade de contratar e à autonomia privada. Esta, por sua vez, permite a relativização do cumprimento das obrigações assumidas quando houver a onerosidade excessiva.

O contrato de alienação fiduciária em garantia de coisa móvel faz parte da realidade contemporânea alcançada pela autonomia privada e deve caminhar na esteira da boa-fé exercendo sua função social. Houve a necessidade do estudo da ocorrência do fenômeno da onerosidade excessiva diante do contrato em comento a fim de contribuir para a área do direito em decorrência da difusão e da ampla utilização dessa espécie de negócio jurídico.

Por isso, o objetivo do presente estudo consiste em analisar a ocorrência do fenômeno da onerosidade excessiva no contrato de alienação fiduciária em garantia de coisa móvel, diante dos Códigos Civil e de Defesa do Consumidor. Para tanto, será abordada a alienação fiduciária em garantia desde a antiga Roma, passando por outras disciplinas (direito germânico, inglês) até chegar ao Brasil. Também contemplará a autonomia da vontade, assim como da privada, na busca da formação da relação jurídica contratual nos Códigos Civil e de Defesa do Consumidor. E, finalmente, será abordada a onerosidade excessiva no contrato de alienação fiduciária em garantia de coisa móvel, partindo, sobretudo, da máxima *pacta sunt servanda*, cláusula *rebus sic stantibus* e da teoria da imprevisão.

2 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

2.1 APONTAMENTOS INICIAIS SOBRE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

O contrato de alienação fiduciária de coisa móvel, objeto do presente trabalho, constitui negócio jurídico, por isso, será necessário traçar o desenvolvimento da alienação fiduciária, para, posteriormente tratar do negócio jurídico e da sua formação.

Portanto, a abordagem da alienação fiduciária como forma de garantia da satisfação do direito de crédito necessita retomar conceitos tratados na antiguidade, em decorrência da preocupação com a satisfação do crédito. Nesse sentido, deverá passar por alguns aspectos da fidúcia no sistema romano, germânico e Inglês, até chegar ao Brasil, onde, em 1965, surgiu a primeira legislação que tratou do assunto, a lei 4.728/65, e suas posteriores alterações, inclusive a previsão no Código Civil Brasileiro de 2002.

Era corrente à época romana o interesse em dispor aos credores os mais variados meios assecuratórios da real satisfação do crédito. Por isso que foram criados institutos de tutela ao crédito para conciliar a proteção do credor sem prejudicar o devedor (ALVES, 1979, p.1).

A melhor compreensão do instituto da alienação fiduciária em garantia, ocorre fundada no penhor, hipoteca e anticrese¹ que eram abordados pelos romanos. No entanto, não mais atendiam aos anseios da sociedade industrializada, tampouco os das relações creditórias entre as pessoas, devido às grandes desvantagens do custo e da morosidade na execução, bem como pela superposição a determinadas pessoas e ao Estado (ALVES, 1979, p.3).

¹ a) Hipoteca: *hypothek*: credor sob o teto do devedor (RESTIFFE, 2000, p.21). O surgimento da hipoteca teria ocorrido em meio à economia rural, que predominava em Roma, à época, possibilitando que o devedor pudesse dar em garantia os bens móveis, tais como escravo, gado, maquinários e utensílios. No entanto, continuava na posse dos bens, continuando a utilizá-los. Observa-se que em Roma, a utilização da propriedade com a finalidade de garantia já era utilizada com o instituto da Fidúcia (e negócio fiduciário - juristas germânicos) (ALVES, 1979, p.2-4).
b) Penhor: modalidade de garantia real utilizado em Roma, e a fidúcia não teria sido compatível com a sua estrutura, naquele tempo remoto. Afirmam alguns romanistas que a Fidúcia teria sido a primeira garantia real conhecida pelos romanos (CANUTO, 2004, p.83).
c) Anticrese: constitui modalidade de garantia real, na qual se exige a tradição real do bem imóvel, com o devido registro imobiliário. Nesse tipo de garantia, o credor recebe a coisa para usá-la e com os frutos, pagar a dívida. O instituto, hoje, está praticamente em desuso.

Assim, devido a necessidade de ampliação e até de criação de novas formas de garantia, para atender ao mercado financeiro, em 1965, surgiu no Brasil o instituto da alienação fiduciária em garantia, que guarda semelhança com as outras modalidades existentes, porém, cada qual com a sua peculiaridade.

A alienação fiduciária em garantia é espécie do gênero negócio fiduciário, mas com características próprias. A sua incorporação no sistema positivo Brasileiro ocorreu através do artigo 66 da lei 4.728 de 14 de julho de 1965.

A dita lei disciplinava o mercado de capitais e estabelecia medidas para seu desenvolvimento, por isso, à época, foi considerada revolucionária e importante conquista do direito positivo.

Depois, surgiu o decreto-lei número 911/69, que estabeleceu o caminho processual a ser adotado (DEDA, 2000, p.7) com o intuito de melhor tratar da alienação fiduciária.

2.2 FIDÚCIA

o termo fidúcia alude à ideia de contrato apoiado na boa-fé, podendo ser conceituada como a convenção pela qual uma pessoa recebe da outra, uma coisa ou um direito, mediante condição, e obriga-se a restituí-la, quando tal condição for cumprida.

A fidúcia traz em si a ideia de risco, que não se dissocia da ideia de confiança, já que esta pode ser quebrada, pois muitas vezes a aparência pode não guardar a perfeita correspondência com a vontade que de fato foi quista (RESTIFFE, 2000, p.25-6).

Longo *apud* Canuto (2004, p.84) sustenta que a fidúcia é um negócio jurídico, onde uma parte recebe algo da outra, mediante a *mancipatio* ou em *jure cessio*, assumindo a obrigação de usá-la para um fim determinado, e ao final devolve-la. Eis a razão de se afirmar que nela residem a lealdade e honestidade, pressupostos básicos à boa-fé.

A fidúcia, enquanto instituto jurídico estribado na confiança e na lealdade das partes contratantes apresenta liame psicológico com as obrigações e os contratos, trazendo, mesmo que subjetivamente, à baila, a contextualização das cláusulas gerais (MARQUES, 2002; MARQUES, 2006; MARQUES, 2007; MARTINS-COSTA, 2000).

O contrato de alienação fiduciária tem como característica principal uma conexão de obrigações, pautada na confiança, entre os dois únicos envolvidos e interessados diretos no negócio jurídico, o fiduciante e o fiduciário.

A relação obrigacional está pautada na crença do dever de lealdade e confiança, acompanhados pelo dever de obediência às cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, principalmente a boa-fé objetiva e a função social do contrato, que representam elementos intrínsecos ao negócio jurídico.

2.2.1 A Fidúcia em Roma

O instituto da fidúcia teve sua origem no direito romano, como direito real e absoluto pautado apenas na confiança. Figurou, especificamente, na lei das XII Tábuas, e depois interpretada em textos no Digesto.

Otto de Souza Lima e Nestor José Forster *apud* Canuto (2004, p.85) afirmam que foram encontradas referências à fidúcia nas Institutas de Gaio e Justiniano, nas Sentenças de Paulo, na Collatio, nos Fragmentos do Vaticano, no Código de Teodosiano, na Chamada Fórmula Bética e nas Tábuas de Pompéia, além de a ela terem se reportado os escritores Cícero, Boécio e Isidoro de Sevilha.

Rezende *apud* Canuto (2000, p.86) afirma que ante a falta de vestígios no período do direito clássico, provavelmente a fidúcia tenha desaparecido antes do Império, por isso, pode não ter figurado nas Institutas de Gaio nem de Justiniano (RESTIFFE, 2000, p.21-9).

A fidúcia se apresentava sob três formas no direito romano:

a) *fiducia cum amico*: guardava semelhança com o comodato, onde um entregava a *res* ao outro para que dela fizesse uso, até que aquele a pedisse de volta. Havia a perda da propriedade do bem, o que provocou o surgimento de figuras como da hipoteca e do penhor, nas quais não figuravam a perda da propriedade. No direito romano esses dois institutos eram conhecidos como *pignus* e era usado para móveis e imóveis (CANUTO, 2004, p.84-5).

b) *fiducia cum creditore (creditor contracta)*: o devedor transferia a propriedade como garantia de dívida e seria devolvida quando houvesse o

pagamento². "[...] o devedor, por força do contrato, transfere a propriedade da coisa ao credor, em garantia do pagamento de uma dívida, comprometendo-se o credor a retransmitir a propriedade ao devedor após o recebimento do que lhe era devido" (RESTIFFE, 2000, p.23). A perda da propriedade não acontecia no penhor nem na hipoteca³.

c) *fiducia remancipationis causa*: era o pacto do *pater família*, que vendia o filho a outro *pater família*, para a emancipação, de modo que este assumia a obrigação de liberar o filho tão logo fosse atingida a finalidade.

Ainda, no direito romano o fiduciário prometia fazer a transferência da coisa, e caso não a fizesse, caberia ao fiduciante o direito pessoal, inclusive com ação de indenização. A razão da confiança estava pautada na plena titularidade dominial. Por isso se mostrava uma garantia real (RESTIFFE, 2000, p.21).

A fidúcia romana era vista como um contrato onde o fiduciário recebia do fiduciante a propriedade de uma coisa infungível, através da *mancipatio* ou a *in iure cessio*, assumindo obrigação estabelecida de restituir a coisa ao fiduciante, ou de dar à coisa, a determinação a que tinha sido proposta (ALVES, 1992, p.143).

Alerta Canuto (2004, p.84) que a lealdade e a honestidade de uma das partes, correspondiam à boa-fé e a confiança que a outra parte depositara, ao fazer o negócio. Continua enfatizando o autor que a fidúcia constou, inclusive, na lei das XII Tábuas, especificamente na Tábua sexta, sob o título *De domínio et possessione*, o que significava dizer que caso alguém empenhasse a sua coisa, ou vendesse o que prometeu, na presença de testemunhas, embora fosse apenas um pacto moral, teria força de lei.

Para os romanos a fidúcia imprimia a idéia de venda fictícia. Portanto, era a forma de garantia mais benéfica ao credor, deixando o devedor sem muita proteção, já que a ele ficava reservado apenas o direito à indenização, sem, contudo, caber-lhe o direito de sequela, contrariamente ao que ocorria no germânico, no qual cabia tal direito (CANUTO, 2004, p.91).

² No direito alemão, a fidúcia *cum creditore* correspondia ao penhor de propriedade, na qual o devedor alienava a coisa ao credor, pactuando, conjuntamente, a sua devolução, quando fosse paga a dívida.

³ o direito romano tratava do Penhor e da Hipoteca em um só instituto, *pignus*, que era usado indistintamente para tanto para bens móveis, quanto para imóveis (RESTIFFE, 2000, p.24).

Os romanos, à época, já se preocupavam com a boa-fé e a confiança, a fim de se evitar a lesão.

Hodiernamente se verifica a irrefutável necessidade da presença da confiança quanto da boa-fé na formação dos negócios jurídicos no Brasil, cuja finalidade não destoava daquela a qual os romanos estavam imbuídos, evitar a lesão.

2.2.2 Fidúcia no Direito Germânico

Pautado no direito romano, ressurgiu a fidúcia dos germanos, sem todavia, se estender ao campo obrigacional; nesse aspecto afastava-se da fidúcia romana (RESTIFFE, 2000, p.30), mesmo tendo como base os fundamentos do direito romano.

Isto por que na fidúcia romana a titularidade dominial do credor era plena, agindo então como senhor, de modo que restava ao devedor fiduciante, apenas a confiança na lealdade e honestidade do credor fiduciário. Ao passo que na fidúcia germânica havia a limitação dos poderes do fiduciário, pautado nos fins desejados pelos contratantes. Observa-se a subordinação das partes à condição resolutiva. com isso impedia-se abusos no poder sobre a disponibilidade do bem (CANUTO, 2004, p.88).

A fidúcia romana estava pautada na confiança. Nisso difere da germânica, que estava condicionada no caráter resolutivo, não podendo ser desvirtuado o fim perseguido. Assim, se ocorresse a transmissão, por exemplo, deveria haver o retorno do bem, independentemente do prejuízo que qualquer terceiro viesse a sofrer (MARTORELL *apud* CANUTO, 2004, p.88).

Então, no direito germânico, os poderes do fiduciante eram limitados aos fins a que expressavam e desejavam as partes contratantes.

Desta forma, havia subordinação à condição resolutiva em favor do fiduciante, não podendo este, dispor do bem, por isso se dizia que o poder era limitado, ou seja, era uma forma de limitação do direito real, sendo possível, portanto, o direito de sequela.

2.2.3 Fidúcia no Direito Inglês

No direito inglês, a fidúcia embora assentada na origem romana, aparece através do instituto *trust* (confiança) - visto como negócio fiduciário, cuja finalidade é desdobrar a propriedade - derivado do *use* (uso), e advindos da *common law*. Assim, representava uma relação jurídica que dava ao sujeito um poder jurídico, que, quando exercitado, era contemplado a uma terceira pessoa (CANUTO, 2004, p.92).

O *trust receipt* (recibo de confiança) é a forma de financiamento para compra de bens duráveis pelo sistema *floor planning* (*floor* que representa fundo, chão; *planning* que representa planejamento), que consiste numa operação triangular envolvendo vendedor, comprador e o agente financeiro. Neste, mediante a utilização do *trust receipt*, existe a transferência da propriedade da coisa ao financiador até o resgate da dívida, cabendo ao devedor, a qualidade de fiel depositário.

O alvo principal do instituto é possibilitar ao devedor a venda da coisa a fim de saldar a dívida, já que, com o certificado de confiança, não se opera direito real de garantia, mas existe transferência de domínio, que pode ser constituído sem a tradição da coisa, mesmo quando estiver em poder do devedor.

O direito inglês previu ainda o instituto do *mortgage* (i.e., financiamento, hipoteca), usado somente para imóveis, que era uma espécie de hipoteca imobiliária de origem consuetudinária, em que se transferia a propriedade definitiva ao credor, a título de garantia da dívida, e ao final da obrigação cumprida, o bem deveria ser devolvido ao devedor alienante. Mas caso não fosse cumprida, o credor poderia vender a coisa e se pagar (principal e acessório), todavia, se houvesse sobra, seria devolvida ao devedor (CANUTO, 2004, p.92-4). No *mortgage*, o credor passa a ser o proprietário legal, inclusive toma posse.

Com relação à condição resolutiva, o instituto guarda proximidade com a fidúcia germânica, já que a transferência é temporária e não ocorre pelo pagamento, mas como garantia real do pagamento (diferente do *trust*).

Caso não seja cumprido o pagamento, o credor pode tomar posse da coisa, objeto da garantia e vendê-la, utilizando o produto para seu próprio pagamento, e havendo sobra, devolve ao devedor.

Nota-se que o *mortgage* se desponta como instituto híbrido, pois apresenta as duas origens históricas, a romana e a germânica, apresentando um novo modelo de direito real de garantia fiduciária (mais próximo do sistema alemão), pois a função da garantia pressupõe um direito de crédito como obrigação jurídica subjacente. Em resumo, deve existir uma obrigação jurídica pressupondo o direito a um crédito para que a garantia exista (RESTIFFE, 2000, p.30-1).

Com o uso do *mortgage*, de uso exclusivo imobiliário, surgiu o *chattel mortgage* de uso exclusivo para bens móveis. Trata-se de hipoteca mobiliária do direito anglo-saxão, que tem íntima relação com o penhor de propriedade do antigo direito germânico.

Então, pode-se dizer que esta hipoteca mobiliária, *chattel mortgage*, pode ser de qualquer coisa móvel.

Ademais, adveio do moderno direito anglo-saxão, com característica de penhor, pois o devedor permanece na posse do bem enquanto estiver adimplente, caso contrário, fica obrigado a entregar o bem ao credor. Por isso se diz que tem como pano de fundo o penhor conhecido dos antigos germânicos.

O *chattel mortgage* é a forma de garantia relacionada a coisas móveis, e que se assemelha ao *mortgage* clássico sobre imóveis (em que se transferia a propriedade do imóvel como condição resolutive) (ALVES, 1979, p.29).

O *mortgage* admite:

- a) figura do depositário;
- b) resolubilidade vinda do direito germânico, ou seja, pago a dívida deve-se devolver o bem, caso contrário, ocorre a venda e a devolução do saldo, se houver. Eis o caráter resolutive da propriedade.

O instituto do *trust receipt*, que tem suas raízes no negócio fiduciário romano, acabou influenciando os idealizadores da alienação fiduciária em garantia no Brasil, a qual contém o caráter resolutive da propriedade.

2.2.4 Alienação Fiduciária no Brasil

Na década de 60, devido às mudanças econômico-financeiras, e ao desenvolvimento industrial e comercial, foi introduzida a lei número 4.728/65, que trata da alienação fiduciária em garantia, prevendo a alienação fiduciária de coisa

móvel. A lei regulava o mercado de capitais e previu apenas a alienação fiduciária de coisa móvel como forma de fomento da economia.

A partir de então, com a política de difusão do crédito ao consumidor, a alienação fiduciária em garantia se despontava como o instrumento essencial, de modo que poderia ser oferecido o próprio bem em garantia.

Desse modo que o artigo 66 da lei 4.728/65, e seus parágrafos, introduziram a alienação fiduciária em garantia, no Brasil.

O projeto⁴ inicial tinha apenas 64 artigos e não privilegiava a alienação fiduciária, todavia, o senado brasileiro emendou a lei incluindo o tema.

Os autores intelectuais dessa inserção teriam sido dois advogados do então Estado do Guanabara, o advogado José Luiz Bulhões Pedreira e o assistente jurídico do Banco do Brasil, George Siqueira. A finalidade da introdução do instituto se pautava no preenchimento lacunoso do sistema para criar modalidade de prestação de garantia.

A alienação fiduciária em garantia correspondia ao *trust receipt* (forma de garantia de bens duráveis, de origem de países anglo-saxões), pelo qual o devedor fazia a transferência fiduciária do domínio da coisa, a título de garantia. Tal operação difere do penhor, já que neste, o que se transfere é o próprio domínio e não apenas o direito real de garantia e que independe da tradição efetiva, deixando o devedor como depositário, como ocorre na alienação fiduciária (ALVES, 1979, p.8-9).

A finalidade, como se observa, foi precipuamente a facilitação de financiamentos, favorecendo o mercado de capitais.

Alerta Alves (1979, p.10-8) que a introdução da alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro permitiu que a mesma fosse amplamente utilizada para tutelar o direito de crédito direto ao consumidor fornecido pelas instituições financeiras, alcançando, assim, larga escala para a facilitação do escoamento da produção industrial, especificamente dos eletrodomésticos e automóveis.

Certamente garantia-se eficazmente ao credor a solvibilidade do crédito em decorrência da transferência da propriedade resolúvel da coisa móvel, ficando a salvo, inclusive de outros credores, de eventuais garantias reais disciplinadas pelo Código Civil.

⁴ O projeto havia sido passado ao então presidente Castelo Branco, mas foi o senado quem o emendou, prevendo a inserção o tema da alienação fiduciária, cuja preocupação era a garantia.

No entanto, o problema surgiu com a execução da garantia, quando então se começou a levantar questões relativas ao meio judicial hábil, por se tratar de posse plena. Com isso, instalou-se a discussão acerca do tipo de ação, aludindo à reintegração de posse e imissão na posse, haja vista que o credor nunca tivera entrado na posse.

À época, pairou o entendimento, de que a alienação fiduciária não era caso de possessória, mas de depósito. Diante da celeuma, o corregedor da Justiça do Estado da Guanabara, baixou o provimento 103 de 20 de outubro de 1968, estabelecendo a possibilidade da busca e apreensão. Todavia, não foi suficiente para a solução dessa situação, aumentando à susceptibilidade do instituto a riscos.

Para atender ao anseio de eficacalidade do instituto, nasceu o Decreto-Lei 911/69, que fazia alterações profundas no campo processual, mas também alcançou o campo material, corrigindo falhas. Tratou também da propriedade fiduciária, e alterou o art. 66 da 4.728/65, estabelecendo o processo e as normas sobre alienação fiduciária.

Assim, afastou dúvidas quanto ao desdobramento da posse, acresceu o adjetivo efetiva na qualificação da tradição (aqui permitiu a tradição ficta), estabelecendo ainda que o devedor é depositário (depósito legal) aplicando a lei penal e civil. É a determinação do art. 4º (CANUTO, 2004, p.104).

O Decreto-Lei número 911/69, previu ainda a introdução, no Código de Processo Civil, da ação de busca e apreensão com rito sumário como procedimento autônomo e limitou a defesa, pondo fim á discussão da lei 4.728/65.

O referido decreto-lei possibilitou, ainda, a ação de depósito quando o bem não fosse encontrado ou não estivesse na posse do devedor, além do poder do credor de escolher a ação de execução. Alcançou ainda a possibilidade de venda do bem, pelo credor, para pagamento da dívida, e ainda:

- a) transferência do domínio resolúvel;
- b) transferência da posse direta e indireta;
- c) o devedor fica como depositário e possuidor direto;
- d) prova escrita, instrumento público ou particular, mas registrado

dentreoutros.

Em 1997, surgiu a lei de número 9.514/97, que alterou a lei de número 4.728/65, prevendo a alienação fiduciária sobre bem imóvel⁵. Foi prevista a participação de pessoas física e jurídica, não sendo operação exclusiva de financeiras, conforme estabelecia o art. 22, parágrafo 1º, além da necessidade do registro do contrato no cartório de registro de imóveis, para ter validade (CANUTO, 2004, p.109-10).

Em 2002 surgiu o Código Civil tratando da propriedade fiduciária. O fez nos artigos 1.361 e seguintes. A nova regra previu a possibilidade de alienação fiduciária de coisa móvel infungível com propriedade resolúvel. Portanto, alcançou a alienação fiduciária⁶:

- a) sobre coisa móvel infungível - lei de número 9.514/97, artigos 22 e 23;
- b) sobre coisa imóvel;
- c) sobre títulos de crédito;
- d) sobre coisa fungível (lei de número 4.728/65, acrescido pela lei de número 10.931/04)
- e) sobre bens e enfiteúticos (lei de número 9.514/97, art. 22, parágrafo único).

O Código Civil trouxe as seguintes novidades:

- a) não revogou o Decreto-Lei 911/69, já que esse trata do aspecto processual, e previu a possibilidade de um terceiro poder prestar garantia real fiduciária por dívida alheia. É a possibilidade do terceiro se sub-rogar, conforme previsão no artigo 1.368 do Código Civil;

- b) além de a coisa móvel infungível poder constituir a propriedade fiduciária.

Cabe citar, de início que pela lei de número 4.728/65 apenas as coisas fungíveis poderiam ser objeto de alienação fiduciária. Por outro lado, o Código Civil contemporâneo alcançou os bens infungíveis.

Pode ser observado que o Código Civil de 2002, ao tratar da propriedade fiduciária, regulou a coisa móvel infungível, no artigo 1.361. Além disso, alterou também o art. 3º do Decreto-Lei 911/69 (que tratava de bem móvel) e previu

⁵ Além de prever a propriedade de superfície, no que inovou.

⁶ O teor do artigo 66-A, lei 4.728/65, que trata de coisa fungível, não se aplica a aeronaves e a imóveis (lei 9.514/97), por terem disciplina própria.

a possibilidade do credor requerer a busca e apreensão com liminar, quando comprovada a mora ou o inadimplemento. Pelo artigo 1.362⁷, alterou ainda a lei de número 9.514/97, especificamente o artigo 24, que trata das condições necessárias para a validade do negócio jurídico fiduciário, inserindo o total da dívida, prazo e época do pagamento, bem como a descrição do bem, fazendo constar os elementos indispensáveis à sua identificação.

Em 2004, surgiu a lei de número 10.931/04, que alterou a lei de número 4.728/65, que tratava de bem móvel, inserindo o art. 66-B, regulando o mercado financeiro e de capitais, além da garantia de créditos fiscais e previdenciários. Revogou o art. 66-A da lei de número 4.728/65, que tratava da coisa móvel fungível e infungível.

A lei de número 10.931/04 previu inúmeras mudanças para o bem móvel:

a) a possibilidade de busca e apreensão com liminar, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento;

b) prazo de cinco dias para consolidação da posse plena e propriedade fiduciária ao credor, após a execução da liminar, podendo ser expedido novo certificado de propriedade;

c) prazo de cinco dias para pagar ou restituir o bem. Não cabe mais a purgação da mora, a exemplo da regra anterior, que exigia o pagamento de ao menos, 40% do valor, para a purgação. No entanto, pode o devedor purgar efetuando o pagamento integral da dívida, que deverá ser informada pelo credor, na petição inicial;

d) prazo de 15 dias para responder, a contar da efetivação da liminar, mesmo que tenha feito o pagamento do saldo informado pelo credor, dentre outras medidas.

Em 2007, uma nova regra surgiu com a lei de número 11.481/07, que deu nova redação à lei de número 9.514/97, possibilitando às pessoas físicas ou

⁷ Art. 1.362. O contrato, que serve de título à propriedade fiduciária, conterà:

I- O total da dívida, ou a sua estimativa;

II- O prazo, ou a época do pagamento;

III- A taxa de juros, se houver;

IV- A descrição da coisa objeto da transferência, com os elementos indispensáveis à sua identificação.

jurídicas, a contratação por meio da alienação fiduciária⁸, não limitando esta, somente a entidades do sistema financeiro imobiliário. Foi dada nova redação ao artigo 22, prevendo além da alienação fiduciária, a possibilidade de ser contratada por pessoa física ou jurídica, permitindo, com isto, a democratização daquela espécie de negócio jurídico.

2.3 NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

Para Pontes de Miranda *apud* Restiffe (2000, p.31) sempre que a transmissão tem um fim que não é a própria transmissão *per se*, de modo que sirva como negócio jurídico que não se caracteriza como o de alienação àquele a quem se transmite, diz-se que existe fidúcia ou negócio fiduciário.

[...] o negócio fiduciário é uma forma complexa que resulta da união de dois negócios de índole e efeitos diferentes, colocados em recíproca oposição, ou seja, um contrato real positivo (transferência temporária) e um contrato obrigatório negativo (restituição da coisa), concluindo que os dois negócios, o real e o obrigacional, caminham paralelamente entre si e ficam de certo modo independentes, mesmo quando o segundo representa um constrangimento a não abusar da eficácia do primeiro (FERRARA *apud* RESTIFFE, 2000, p.31).

Consoante ensinamento de Otto de Sousa Lima *apud* Restiffe (loc. cit.), o negócio fiduciário é o negócio jurídico em que se transmite uma coisa ou direito a outrem para um fim determinado. O adquirente assume a obrigação de usar o bem, e atingido o fim, deve devolvê-lo. Exige dois elementos:

a) natureza real que é consistente na transmissão e o direito de propriedade;

⁸ Art. 11. O art. 22 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 22 [...]"

§1º A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena:

I - bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do *laudêmio*, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário;

II - o direito de uso especial para fins de moradia;

III- o direito real de uso, desde que suscetível de alienação;

IV- a propriedade superficiária.

§2º Os direitos de garantia constituídos nas hipóteses dos incisos III e IV do §1º deste artigo ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado" (NR).

b) natureza obrigacional que é consistente na restituição da coisa, depois de findo o objeto do contrato.

Para a validade do negócio fiduciário é indispensável que exista confiança e boa-fé. Em resumo, "o transferente confia na lealdade e honestidade da outra parte em se servir da propriedade ou direito solenemente transferido" (RESTIFFE, 2000, p.32).

Porém, adverte Alves (1979, p.23-4) que embora a alienação fiduciária se aproxime do negócio fiduciário germânico, com ele não se confunde por que têm circunstâncias diferentes, pois na alienação tem-se a propriedade resolúvel transferida e a obrigação é garantida, ao passo que no germânico, o credor ficava com a propriedade plena.

O negócio fiduciário deverá seguir o gênero negócio jurídico, por isso está pautado pela autonomia da vontade⁹ e tem a boa-fé¹⁰ como elemento de importância para a formação e desenvolvimento do contrato.

2.4 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

Alienação fiduciária é negócio jurídico acessório e expressa garantia, por isso dependente da obrigação principal.

O caráter de acessoriedade é inerente à propriedade fiduciária, de modo que a existência do adimplemento da obrigação principal faz com que o direito real que recai sobre o bem se extinga também.

O artigo 22 da lei de número 9.514/97 traz a definição legal de alienação fiduciária de coisa imóvel como sendo "o negócio jurídico em que o devedor ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel".

⁹ A autonomia Privada difere da autonomia da vontade e está ligada à ideia de princípio fundamental da disciplina contratual. é a forma do Estado impor o dirigismo contratual, ou seja, de estabelecer limites à vontade dos contratantes fornecendo parâmetros legais a exemplo da boa-fé como complemento da confiança. É concretizada por meio do negócio jurídico. Isso acontece à medida que as partes vão se valendo da sua autonomia, a da vontade, e vão determinando os contornos para o negócio jurídico entabulado.

A autonomia da vontade refere à liberdade fornecida pela autonomia da vontade para que as partes possam estabelecer livremente as regras da contratação, observando o limite fixado.

¹⁰ O termo boa-fé está ligado a interpretação dos contratos e acaba dando o norte para o agir das partes, indicando que elas devem agir com honradez e honestidade, certamente a fim de evitar a lesão, a exemplo da preocupação dos romanos.

A alienação fiduciária em garantia é negócio jurídico típico disciplinado pela lei número 4.728/65, enquanto o Decreto-Lei 911/69, trata da propriedade fiduciária. Por isso, pode-se dizer que ela é instituto típico do direito brasileiro adequado à segurança do crédito com a transferência da propriedade.

Nesse instituto o credor é proprietário resolúvel, de modo que o domínio cessará *ex tunc*, quando se operar a condição resolutiva. Pode, então, ser observada a existência da propriedade resolúvel que está atrelada à condição futura.

Assim, o devedor ocupa a posição de proprietário sob condição suspensiva, de modo que somente se tornará proprietário se solver o débito (DEDA, 2000, p.11).

Para Gomes *apud* Canuto (2004, p.100) a alienação fiduciária em garantia constitui negócio jurídico cujo objeto é a transmissão da propriedade, limitada pela relação obrigacional que distorce o fim natural do contrato translativo. Assim, constitui meio para alcançar o fim da garantia.

Alienação fiduciária em garantia não se confunde com o negócio fiduciário romano nem germânico, conforme especificado alhures, nem tampouco com o *trust receipt* (recibo de confiança) utilizado para financiamento de compra de mercadorias, tais como bens de consumo, matéria-prima, produtos semimanufaturados, onde participam o vendedor, comprador e o financiador, mas tem pontos de contato com o *chattel mortgage* (hipoteca imobiliária para coisa móvel).

As diferenças entre o *trust receipt* (recibo de confiança) e a alienação fiduciária são as seguintes:

a) *trust receipt* (recibo de confiança): 1) permite a venda de mercadoria diretamente em nome do financiador; 2) o banco pode reaver o bem dado em garantia que está na posse direta do devedor; 3) a propriedade não é resolúvel; 4) a propriedade da mercadoria é transferida do vendedor para o financiador (credor) e não para o comprador (devedor).

b) alienação fiduciária em garantia: 1) a venda deve ser realizada pelo credor, já que o devedor não pode fazê-la, mesmo quando vencida a dívida, sob pena de cometer estelionato; 2) o credor não pode recuperar o bem, pois ele é apenas garantidor, e sua finalidade não foi a venda, mas o empréstimo garantido; 3) a propriedade é resolutiva.

A natureza jurídica da alienação fiduciária em garantia é de direito real de garantia.

Portanto, a alienação fiduciária em garantia é contrato:

- a) bilateral: encerra direitos e obrigações para as duas partes;
- b) oneroso: visa vantagens e benefícios às partes;
- c) formal: exige formalidades, a exemplo do registro;
- d) comutativo: existe equivalência entre as prestações;
- e) acessório: garantia do contrato principal de empréstimo. Para DEDA (2000, p.12-6) o contrato é ainda:
- f) sinalagmático: estabelece direitos e obrigações a ambos os contratantes e as obrigações que nascem, são principais ou causais ou interdependentes;
- g) consensual: não é solene, por consequência, a lei não exige forma especial, bastando a prova escrita para o registro;
- c) de adesão: existe liberdade de contratar, mas não de discussão, diversamente dos contratos paritários;
- d) complexo: envolve relações jurídicas distintas de direito de crédito e de propriedade.

A alienação fiduciária em garantia é, tão-somente, o contrato que serve de título à constituição da propriedade fiduciária, que - esta, sim - é a garantia real criada, em nosso direito, pelo art. 66 da Lei 4.728, modificado posteriormente, pelo Decreto-Lei n°. 911 (ALVES, 1979, p.32-3).

Haja vista que a alienação fiduciária se posiciona como instituto típico do direito brasileiro que traz a propriedade como garantia do direito de crédito, necessário se faz tecer alusões à propriedade fiduciária.

2.5 PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

A propriedade fiduciária é direito real sobre coisa própria do credor e, portanto, é objeto da garantia real. Para se ter a propriedade fiduciária, não é necessária a tradição, devido ao fato de a propriedade ser resolúvel.

A aquisição da propriedade da coisa móvel pode ocorrer pela tradição ou pelo constituto possessório¹¹, que não está proibido pelo Código Civil.

Os artigos 1.205 e 1.267, parágrafo único do Código Civil¹², tratam da posse e do constituto possessório.

¹¹ Nos comentários ao artigo 1.205 do Código Civil, NERY (2008, p.852-3) preleciona o seguinte acerca do constituto possessório:

"*Cláusula Constituti*. O novo sistema, diferentemente do Código Civil de 1916 494IV, não considera expressamente, o constituto possessório como forma de aquisição da posse de coisa imóvel. Pela *Cláusula Constituti*, inserida em escritura pública de alienação de coisa imóvel, permite-se, em favor do adquirente da propriedade, a aquisição fictícia da posse. Enquanto a propriedade se transmitia, e ainda se transmite, pelo registro do título no álbum imobiliário (Código Civil de 1916, artigo 530,I e Código Civil de 2002, artigo 1245), a efetiva posse do comprador dependia de imissão que muitas vezes não ocorria, por que o então possuidor alienado se mantinha na posse direta do imóvel. O instituto, por subentender a transmissão da posse, se constituía em hipótese específica de aquisição da posse, ainda que de forma fictícia. Para os bens móveis, o constituto possessório ainda é considerado, expressamente, hipótese de tradição da coisa (Código Civil, artigo 1267 parágrafo único).

Constituto possessório. Como o sistema não proíbe, é admissível a aquisição da posse por intermédio do constituto possessório, tanto para as coisas móveis (expressamente admitida: CC 1267 par. ún.), como para as coisas imóveis. Nesse sentido: Jornada I STJ 77 (v. texto integral na casuística abaixo, verbete "Constituto possessório. Coisas móveis e imóveis"). O transferente já possui a coisa (posse direta e indireta); transfere-a ao adquirente, que não tem poder físico sobre a coisa, que continua com o transferente. O adquirente tem apenas o título de possuidor, posse indireta. Pode dar-se de duas maneiras: a) a aquisição da posse de um bem possuído por um terceiro; e b) a aquisição da posse de um bem que remanesce na detenção do alienante (Bianca. Dir.civ., v. VI, n.359 p.752). V. coment. Código Civil, artigos 1196 e 1223.

Forma do constituto possessório. É medida excepcional, razão por que não se presume e deve ser expressamente convencionado entre as partes, ou resultar logicamente do conteúdo do contrato, como, por exemplo, da cláusula que preveja a conservação da posse pelo vendedor, a título de aluguel.

Aquisição da posse. Para adquirir a posse é necessária a presença de dois elementos. O elemento interno é a intenção de possuir a coisa como sua (*animus*). O elemento externo é caracterizado pela apreensão física da coisa (*corpus*) e pela demonstração (exteriorização) de que o possuidor exerce algum dos poderes inerentes à propriedade.

A aquisição da posse por terceiro. É possível, desde que o terceiro apreenda a coisa (*corpus*), não para si, mas com a intenção de fazê-lo para o adquirente, de quem ele é representante (Lafayette, Coisas)".

¹² Art. 1.205. A posse pode ser adquirida:- pela própria pessoa que a pretende ou por seu representante;

I - por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação.

Art. 1.267. A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição. Parágrafo único. Subentende-se a tradição quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório; quando cede ao adquirente o direito à restituição da coisa, que se encontra em poder de terceiro; ou quando o adquirente já está na posse coisa, por ocasião do negócio jurídico."(NERY, 2008. p.913).

O constituto possessório é uma técnica de aquisição derivada da posse concebida pelos romanos. Assim, a pessoa que tinha a posse de uma coisa e legitimamente transferia a outra, não precisava entregar a coisa, bastando que o transmitente tivesse a vontade de parar de possuir por si, e passasse a possuir pelo outro a quem foi operado o constituto (PEREIRA, 1981, p.43-4).

Pela redação do art. 66 da lei de número 4.728/65, a transmissão do domínio, independente de tradição. Nota-se que o artigo valeu-se do constituto possessório, tanto que o art. 66 do Decreto-Lei 911/69, esclarece que o alienante passa a possuir a coisa alheia não mais em nome do adquirente, mas por título próprio, agora, na qualidade de possuidor direto e com responsabilidade de depositário. Eis o momento que se desdobra a posse e o domínio resolúvel do credor¹³.

Então, pelo constituto possessório, o alienante, proprietário que está com a posse, a guardará como depositário, e transmitirá a posse indireta ao alienatário. Assim, o devedor fiduciante que detinha a coisa que possuía como própria, passará a possuí-la como alheia, devendo aliená-la e pagar-se, restituindo eventual saldo (já que é proibido o pacto comissório) (CANUTO, 2004, p.119-20).

Para Moreira Alves (1979, p.53-4) o artigo 66 da lei de número 4.728/65 criou um novo caso de tradição ficta, onde existe transmissão da posse por determinação legal. Então, o contrato apresentava-se simultaneamente título e modo de aquisição da propriedade, e havia a necessidade de ter sido registrado no cartório de títulos e documentos, a fim de que a propriedade fiduciária opere efeitos *erga omnes*. Antes do registro, o contrato era apenas um instrumento de constituição da propriedade fiduciária, de modo que, ainda não existia a garantia real para o credor. Então, do registro se originaria o direito real.

Modernamente o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem entendendo e consignando em diversos julgados que o registro do instrumento da alienação fiduciária em garantia não constitui requisito de validade do negócio jurídico, servindo, portanto, para dar publicidade, produzindo efeito *erga omnes*¹⁴.

¹³ Antes, porém, o texto da lei trazia que o domínio ocorria independente da tradição

¹⁴ No sentido de que o registro do instrumento se presta a dar publicidade e garantir o direito de terceiro de boa-fé encontram-se os posicionamentos do STJ: REsp. 77.0315 T2 (17/08/2010); REsp. 278.993 (30/06/2010); REsp. 87.5634 (14/09/2009). No caso de terceiro de boa-fé, diante do contrato de alienação fiduciária de veículo, o STJ entendeu que basta o registro junto ao departamento de trânsito competente, inclusive sumulou a questão nos seguintes termos: Súmula

Para Restiffe (2000, p.324-5) tanto a condição resolutiva como a propriedade resolúvel funcionam como subterfúgio para impedir a transferência da propriedade resolúvel em nome do credor fiduciante. Trata-se de mecanismo *sui generis* que funciona como uma espécie de travamento de tal mudança. Esse limite à mudança existe para permitir que o negócio jurídico encontre sua razão de existir na segurança do negócio principal.

É a resolubilidade da propriedade que gerará a condição suspensiva durante a vigência do negócio, de modo a impedir que a propriedade seja passada às mãos do credor fiduciário ou do devedor fiduciante.

O travamento é estendido com efeito *erga omnes*, haja vista que ambos devem respeitar, de modo que os dois institutos se apresentam conexos, de um lado, a propriedade resolúvel e, de outro, o direito real de garantia, resultando na propriedade fiduciária, que é direito real sobre coisa própria do credor (RESTIFFE, 2000, p.324-5).

O termo utilizado, coisa própria do credor, se refere ao bem que deixará de pertencer ao devedor, passando para o credor, quando houver descumprimento do que foi apazado no contrato, fazendo nascer o vínculo decorrente do domínio, já que o bem sai da esfera de disponibilidade do devedor passando para a do credor.

O que existe, então, é o direito a uma expectativa diante do eventual descumprimento da transmissão da propriedade com caráter resolúvel. Apenas a liquidação final teria o condão de evitar a transferência da propriedade para as mãos do credor.

Moreira Alves (1979) sustenta que a lei de número 4.728/65 introduziu dois novos institutos no direito brasileiro:

a) alienação fiduciária em garantia: exige como resultado desta, a propriedade fiduciária;

b) propriedade fiduciária: se apresenta como garantia real e está disciplinada nos artigos 1.361 a 1.368 do Código Civil. Ademais, para dar publicidade ao ato torna-se, indispensável o registro no cartório de títulos e documentos do domicílio do devedor, se for imóvel. Todavia, se for veículo, basta a anotação no certificado de registro pelo órgão competente.

92 "A 3°. de boa-fé não é oponível a alienação fiduciária não anotada no certificado de registro de veículo automotor."

A lei de número 9.514/97 reconhece a propriedade fiduciária limitada, servindo de vínculo da obrigação principal com escopo de garantia da dívida, que se não for paga, consolidar-se-á a propriedade para o credor.

2.6 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS MÓVEIS

A primeira previsão da fidúcia e da garantia sobre bens móveis surgiu a partir da lei de número 4.728/65 (alterada pelas leis de números 9.514/9, 10.931/04e 11.481/07) e pelo Decreto-Lei 911/69. Esses bens móveis vêm definidos nos artigos 82 e 84 do Código Civil¹⁵.

Já o Código Civil, nos artigos 1.361 a 1.368-A, traça linhas genéricas, para serem aplicadas subsidiariamente à alienação fiduciária em garantia e na cessão fiduciária de direitos sobre móveis, regidos pelas duas regras, anteriormente indicadas nos artigo 82 e 84 do Código Civil.

As duas regras previram a garantia fiduciária de bens móveis com a transmissão do domínio resolúvel e da posse direta e indireta independente da tradição efetiva (ocorrendo então a tradição ficta). O devedor passa a possuidor direto e depositário.

Para Alves (1979, p.98) exigia-se a prova escrita por instrumento público ou particular, mas registrado no cartório de títulos e documentos, sob pena de não valer. Por isso, que em se tratando de prova do contrato de alienação fiduciária em garantia, este somente ocorrerá por escrito. Todavia, seu instrumento poderá ser público ou particular, independentemente do valor do crédito que está sendo garantido ou da espécie da coisa móvel fiduciariamente alienada. Portanto, o autor considerou que é a partir do registro que se considera nascido o direito real, o qual se opõe *erga omnes*.

Modernamente, esse entendimento foi rechaçado pelo posicionamento do STJ, colacionados em notas de 14. Então, quando se tratar de bens móveis o registro que deve ser feito no cartório de registro de títulos e documentos servirá para dar publicidade, se imóvel, a publicidade pretendida se

¹⁵ Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.
Art. 84. Os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, conservam sua qualidade de móveis; readquirem essa qualidade os provenientes da demolição de algum prédio.

dará com o registro no cartório de registro de imóveis competente. Portanto, é observado que o registro tem a finalidade de valer contra terceiros, e não constitui requisito de validade do contrato (CANUTO, 2004, p.121).

A lei de número 10.931/04 alterou o Decreto-Lei 911/69 e previu a possibilidade de busca e apreensão com liminar, bastando comprovar a mora ou o inadimplemento, estabelecendo cinco dias a contar da efetivação da liminar, para que o devedor pague, sob pena de ser consolidada a posse plena e a propriedade. Na eventualidade de haver a busca do bem, este será vendido e o saldo eventual da venda deverá ser devolvido ao devedor. Caso o devedor pretenda contestar, deverá apresentar resposta no prazo de 15 dias a contar da execução da liminar.

Outro tema previsto é a propriedade fiduciária de aeronaves que é disciplinada pelo Código Brasileiro Aeronáutico (CBA) (lei 7.565/86) nos artigos 148 a 152.

Neste, existe a transferência do domínio resolúvel ao credor e a posse indireta da aeronave e seus equipamentos, que independem da tradição. Assim, o devedor passa a ser possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades da lei civil e penal (artigo 148 do Código Brasileiro Aeronáutico (CBA)).

É preciso que o instrumento seja público ou particular e registrado no Registro Aeronáutico Brasileiro (artigo 150 do Código Brasileiro Aeronáutico (CBA)). No caso de inadimplemento, o credor poderá alienar o objeto da garantia a terceiro, e com o resultado, pagar a dívida (com despesas), devolvendo saldo, se houver. Cabe, em caso de inadimplemento, a busca e apreensão da aeronave.

Em caso de inadimplemento, caso o bem não esteja na posse do devedor ou se não for entregue, na ação de busca, a lei previa a prisão civil. No entanto, tal matéria estava sob berço de grande controvérsia, por conta da natureza da obrigação, mas que atualmente foi superada pela súmula vinculante 31, do Supremo Tribunal Federal (STF) e súmula 419 do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Incabível, então, a prisão civil no caso de alienação fiduciária em garantia.

2.7 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL

Embora o tema escolhido para a pesquisa verse apenas sobre o bem móvel, serão feitos breves apontamentos sobre o bem imóvel, sem, contudo, se aprofundar no tema.

A alienação fiduciária de coisa imóvel é regulada pela lei de número 9.514/97 e constitui negócio jurídico em que o devedor fiduciante, com a finalidade exclusiva de garantia, transfere ao credor fiduciário a propriedade resolúvel da coisa imóvel (FIGUEIRA JUNIOR, 2005, p.19). Nela está presente a vontade e a confiança que representam elementos formadores do vínculo obrigacional e encontra seu berço na garantia.

A partir de então, é preciso identificar a propriedade, partindo dos artigos 79 e 81 do CC¹⁶, que consideram bem imóvel o solo e tudo aquilo que lhe for incorporado, natural ou artificialmente, não perdendo seu caráter de imóvel, mesmo as edificações separadas do solo que possam ser transportadas para outro local e os materiais provisoriamente separados de um prédio e que nele voltem a ser reempregados.

A lei de número 9.514/97 que trata da alienação fiduciária de coisa imóvel sofreu alteração da lei de número 11.481/2007, que lhe forneceu nova redação.

Portanto, trata-se de negócio jurídico no qual o devedor fiduciante contrata com o credor fiduciário a transferência da propriedade resolúvel da coisa imóvel.

Ademais, permite que seja contratada por pessoa física ou jurídica, possibilitando a transferência, conforme preceitua o artigo 22, parágrafo primeiro da lei de número 9.514/97¹⁷:

¹⁶ Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente. Art. 81. Não perdem o caráter de imóveis:

I - as edificações que, separadas do solo, mas conservando sua unidade forem removidas para outro local;

II - os materiais provisoriamente separados de um prédio para nele se reempregarem.

¹⁷ Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

§1º A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena: (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 11.481, de 2007);

- a) propriedade plena;
- b) direito real de uso;
- c) direito de uso especial para fins de moradia;
- d) bens enfitêuticos;
- e) propriedade de superfície.

Para sua caracterização, é exigido o registro no competente registro de imóveis (artigo 23 lei de número 9.514/97¹⁸) para que possa surtir efeito *erga omnes*, e, conseqüentemente, haverá o desdobramento da posse. Assim, ficará o devedor com a posse direta e o credor com a posse indireta.

A propriedade ao credor fiduciário apenas se operará (somente será consolidada) após a constituição da mora e no prazo de 30 dias, o credor deverá fazer o leilão para a venda do bem e com o saldo recebido, concretizar o pagamento do saldo devedor, haja vista que é vedado que o credor fique com o bem.

A lei de número 10.931/04 alterou o parágrafo 7º do artigo 26¹⁹ e determina que o credor fiduciário deve pedir a intimação do devedor fiduciante para que pague no prazo de 15 dias, a contar da notificação, as prestações vencidas, vincendas e encargos, até a data do pagamento efetivo. O pagamento corresponde à purgação da mora.

Vencido o prazo sem a purgação da mora o cartório de registro de imóveis promoverá, na matrícula a averbação da consolidação da propriedade em

I - bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007);

II - o direito de uso especial para fins de moradia; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007);

III- o direito real de uso, desde que suscetível de alienação; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007);

V - a propriedade superficiária. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007);

§2º Os direitos de garantia instituídos nas hipóteses dos incisos III e IV do § 1º deste artigo ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007).

¹⁸ Art. 23. Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título.

¹⁹ Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação.

§ 7º Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento por este, do imposto de transmissão inter vivos e, se for o caso, do laudêmio. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004).

nome do credor, mediante a comprovação do pagamento do imposto de transmissão. O devedor pode conceder seu direito em garantia como forma de pagamento a outra dívida, desde que com a anuência do credor (FIGUEIRA JUNIOR, 2005, p.20).

Consolidada a propriedade²⁰, o credor tem o prazo de 30 dias, contados do registro, para vender e pagar a dívida, havendo saldo, deverá devolvê-lo ao devedor, no prazo de cinco dias, após a venda do imóvel. Se o bem estiver locado, é possível a denúncia com prazo de 30 dias para desocupação, salvo acordo contrário assinado pelo fiduciário.

²⁰ Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel.

§1º Se, no primeiro público leilão, o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, estipulado na forma do inciso VI do art. 24, será realizado o segundo leilão, nos quinze dias seguintes.

§2º No segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais.

§3º Para os fins do disposto neste artigo, entende-se por:

I - dívida: o saldo devedor da operação de alienação fiduciária, na data do leilão, nele incluídos os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais;

II - despesas: a soma das importâncias correspondentes aos encargos e custas de intimação e as necessárias à realização do público leilão, nestas compreendidas as relativas aos anúncios e à comissão do leiloeiro.

§4º Nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2º e 3º, fato esse que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 516 do Código Civil.

§5º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º.

§6º Na hipótese de que trata o parágrafo anterior, o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio.

§7º Se o imóvel estiver locado, a locação poderá ser denunciada com o prazo de trinta dias para desocupação, salvo se tiver havido aquiescência por escrito do fiduciário, devendo a denúncia ser realizada no prazo de noventa dias a contar da data da consolidação da propriedade no fiduciário, devendo essa condição constar expressamente em cláusula contratual específica, destacando-se das demais por sua apresentação gráfica. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004).

3 FORMAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA CONTRATUAL NOS CÓDIGOS CIVIL E DE DEFESA DO CONSUMIDOR

3.1 FORMAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICO-CONTRATUAL NO CÓDIGO CIVIL

O estudo do tema contrato da alienação fiduciária seja de coisa móvel ou imóvel, consoante disciplina tratada anteriormente, deve ser iniciado pela relação jurídica, seguido do aspecto da sua formação, enquanto negócio jurídico, tratado pelo código civil, para poder chegar à onerosidade excessiva.

De início cabe afirmar que qualquer ato que produza efeito jurídico será considerado ato jurídico, exatamente por expressar uma ocorrência da vida real (ANDRADE, 1992, p.1-2).

É, portanto, a partir do ato jurídico, como expressão da vontade e com os efeitos jurídicos desejados e previstos pelo ordenamento jurídico que se chega ao negócio jurídico²¹, que se percorre o caminho da relação jurídica²².

Para a noção clássica, a relação jurídica é um vínculo existente entre os sujeitos envolvidos. Assim, o objeto da relação jurídica é o interesse a que as partes se ligam, fazendo gerar a necessidade ou faculdade de que o comportamento gerador do vínculo seja previsto na norma (GOMES, 2010, p.76).

É possível admitir a existência de relações jurídicas entre pessoa e coisa, pessoa e pessoa e um determinado lugar, como no caso do domicílio, dependentes, por certo, da previsão da norma jurídica.

Para a caracterização da relação jurídica, existem três pressupostos (GOMES, 2010, p.77-82):

- a) um fato idôneo, com significação jurídica que produza efeitos previstos pela norma. Por isso é preciso um fato, enquanto

²¹ Cf. Código Civil Português, Decreto-Lei47344, de 25 de Novembro de 1966 "Artigo 217º (Declaração expressa e declaração tácita) 1. A declaração negocial pode ser expressa ou tácita: é expressa, quando feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio directo de manifestação da vontade, e tácita, quando se deduz de factos que, com toda probabilidade, a revelam. 2. O carácter formal da declaração não impede que ela seja emitida tacitamente, desde que a forma tenha sido observada quanto aos factos de que a declaração se deduz"(BENFATTI. 2006, p.57, citação 81).

²² A relação Jurídica é o vínculo reconhecido pelo direito e que liga pessoas ou grupos de modo a conferir-lhes poderes e deveres. Assim, devem respeito aos interesses jurídicos, cujo conteúdo se encontra no conjunto de poder e dever criado na relação jurídica (AMARAL, 2006, p.159-73).

acontecimento, dependente ou não da vontade, que levará, depois, a uma obrigação;

- b) um objeto, consistente no bem ou numa prestação exigível;
- c) a sujeição, contendo dever de respeito ao sujeito envolvido e sua posição.

A relação jurídica deve ser vista como forma de harmonização do objeto tratado pelo direito civil, que do ponto de vista subjetivo cuida das relações entre os sujeitos de direito, sejam eles particulares ou o Estado, ao passo que do ponto de vista objetivo regrará, de forma moldurada, vários tópicos: à propriedade, família e ao contrato (AMARAL NETO, 2000, p.136-7).

O ordenamento jurídico ao criar a moldura para a visão do negócio jurídico e da relação jurídica se põe em posição de supremacia.

A relação jurídica, no campo do direito privado, pode caracterizar-se precisamente como uma relação em que o direito objetivo se estabelece de uma pessoa a outra, na medida em que confere a uma, um poder, e impõe à outra, um vínculo correspondente (BETTI, 1969, p.26).

Pelo Código Civil brasileiro contemporâneo, a ideia de relação jurídica, vista como uma concepção abstrata e genérica voltada para a relação da vida social entre as pessoas que se sujeitam ao filtro da juridicidade, não tem mais lugar. Isto por que a mesma tem passado por transformações que primam pelo abandono da generalidade e da abstração, para considerar a concretude da situação do sujeito e da própria relação (FACHIN, 2003, p.91-3).

Assim, o comportamento passa a ser o objeto central da relação jurídica, a exemplo da boa-fé, da confiança²³, que aos poucos vai sendo resgatado. Dessa forma, o objeto passa a ter função com cunho social (FACHIN, 2003, p.93-7), contribuindo até mesmo para a supressão de eventual lacuna da lei. Eis a nova esteira do direito civil contemporâneo, como forma de intervenção estatal para a harmonização dos interesses.

²³ O termo confiança é o elemento base da relação jurídico-contratual, e que contemporaneamente, vem se encontrando em verdadeira crise, necessitando de posicionamento dirigente e pontual do Estado a fim de manter a ordem social e a assegurar a dignidade da pessoa humana. A crise desencadeia a necessária e precisa aplicação da autonomia privada como limitador da autonomia da vontade, sem, contudo, macular a liberdade dos contratantes, mas apenas impondo os limites como intuito de evitar eventual lesão (MARQUES, 2007, p.7-135).

Ato e fato jurídico se comunicam num processo interrelacional para levar a um todo que representa o negócio jurídico.

A doutrina não é assente com relação ao tema ato e fato jurídico, tanto que Gagliano (2010, p.341-8) afirma haver divergência doutrinária devido a atecnia do código civil de 1916. Afirma ainda que o código civil de 2002 omitiu o ato-fato e substituiu a expressão genérica de ato por negócio jurídico.

Os fatos constituem a mola propulsora da ralação jurídica, desta forma, somente existirá relação jurídica, se pré-existir um fato contido e valorado pelo direito, como possível de constituir uma relação jurídica (FACHIN, 2003, p.101).

Neste ponto, há que se considerar que a formação da relação jurídica é dependente dos atos jurídicos como gênero e dos negócios jurídicos como espécies.

Então, os acontecimentos, sejam naturais ou humanos, previstos no ordenamento jurídico pátrio e com repercussão no mundo do direito, levarão ao negócio jurídico que desencadeia efeitos constitutivo, modificativo ou extintivo de direitos e obrigações previstos pelo direito. São chamados de fatos jurídicos (GAGLIANO, 2010, p.339).

A conexão entre ato, fato e negócio, e a manutenção da logicidade da exposição perscrutam a alusão a esses aspectos, sem, todavia, se ter a pretensão de uma análise profunda.

3.1.1 Ato, Fato e Negócio Jurídico

Neste item serão feitas algumas referências sobre ato, fato e negócio jurídico, apenas para permitir a conectividade lógica, delimitando também, o recorte epistemológico, já que o foco central deste trabalho considera a ocorrência da onerosidade excessiva no contrato de alienação fiduciária de coisa móvel, tratado pelas duas fontes - civil e consumeirista - que, segundo Marques (2006), dialogam²⁴.

Por isso, não se trabalhará com todas as vertentes da formação do negócio jurídico. No entanto, necessária se fará a abordagem sobre o equilíbrio contratual e a autonomia privada, as cláusulas gerais, passando pela boa-fé objetiva e probidade, além da função social e ainda, os conceitos legais indeterminados.

²⁴ O diálogo das fontes refere-se à aplicabilidade do Código de defesa do Consumidor e do Código Civil, no que tange aos princípios.

Independente da visão díspar doutrinária, seja considerando o ato ou o fato²⁵, a vontade deve estar conexa com a autonomia privada, para a formação do negócio jurídico.

A autonomia privada se mostra como elemento condutor fundamental para a formação do negócio jurídico²⁶, e se apresenta também como forma de materialização da própria autonomia privada (GAGLIANO, 2010, p.341). Ademais, o negócio jurídico constitui meio das pessoas atuarem na esfera da autonomia individual (da vontade) haja vista que através dela se regulam os interesses envolvidos (GOMES, 2010, p.210).

Para tratar do negócio jurídico, consoante anunciado, torna-se necessário fazer alguns e breves apontamentos sobre o ato jurídico²⁷, *latu sensu* e

²⁵ Para Abreu filho (1997, p.4) os fatos jurídicos são resultantes de eventos dependentes ou não da vontade do homem, se caracterizarão por produzirem efeitos jurídicos. Porém assevera que só será fato jurídico se tiver repercussão jurídica, que pode ser lato ou estrito, importando os que resultem da vontade humana, cuja principal figura é a do ato jurídico, que é resultado da atividade do homem, quando exerce a sua autonomia privada.

²⁶ Nesse caso, o exercício da autonomia privada para a formação do negócio jurídico vale-se de conceitos extraídos do modelo liberal. Para o liberalismo, "o Estado é compreendido como aparato da administração pública, distinguindo-se da sociedade que é vista como espaço estruturado com base na economia de mercado, onde se efetivam as relações privadas e contratuais. O Estado assume a tarefa, do ponto de vista político, de fazer co-existir os interesses privados dos indivíduos, reservando para si, assegurar a realização de fins coletivos. Já o cidadão, dentro dessa formatação liberal, é visto como detentor de direitos subjetivos, o que permite a ele fazer valer os seus interesses privados, desde que não transgrida a legalidade interposta sob a tutela do Estado". Ver a respeito: BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José; CHENSO, Marina. POLÍTICAS PÚBLICAS: Aspectos Hermenêuticos do direito à Saúde, sob a égide da Política Social Constitucional Brasileira (In mimeo).

²⁷ Há divergência doutrinária sobre o ato jurídico e o negócio. Gagliano (2010, p.339-53) observa que o fato jurídico em sentido amplo, é visto como sendo o acontecimento natural ou humano capaz de produzir efeitos capazes de criar, modificar, conservar ou extinguir direitos. Em seguida, aborda o conceito, classificação e efeitos. Trata ainda do fato jurídico em sentido estrito, como acontecimento natural, alheio a vontade humana.

Em continuação, trata do ato-fato jurídico, como sendo o acontecimento humano que independe da vontade do agente, citando como exemplo a compra e venda feita por uma criança. Arremata afirmando que nessa espécie, não se pode negar a existência do negócio, porém, por força da incapacidade absoluta, o negócio é nulo, por isso o mais correto é enquadrá-lo na noção de ato-fato (GAGLIANO, 2010, p.339-53).

Depois, aborda o ato jurídico em sentido estrito, caracterizando-o como o ato concretizador do pressuposto legal, ou seja, apenas cumpre o que determina a norma, a exemplo da fixação de domicílio, portanto, sem conteúdo negocial (GAGLIANO, 2010, p.339-53).

Relativamente a essa posição cita como seguidores: Trabucchi, Stolfi, Windscheid, Scognamilio, Santoro Passareli, Serpa Lopes, Caio Mário, Orlando Gomes, Silvio Rodrigues, Vicente Raó, Torquato Castro, dentre outros (GAGLIANO, 2010, p.339-53). ²⁸Cf. Abreu Filho, 1997, p. 11.

Raó (1978) apresenta conceituação restritiva, enfatizando que jurídico é a declaração dispositiva e preceptiva da vontade autônoma do agente, dirigida a um resultado prático, individual e social, cuja produção decorre dos efeitos conferidos pelo ordenamento.

De acordo com Coelho, o ato jurídico é espécie do fato jurídico. Portanto, constitui ação do sujeito, permitido pelo ordenamento (COELHO, 2003, p.279).

strictu sensu, como condutores da exteriorização da manifestação da vontade, para se chegar ao negócio jurídico.

Ensina Pereira (2004, p.475) que as ações humanas voluntárias encontram supedâneo no elemento volitivo, o querer, e que, por isso, constituirão os atos jurídicos²⁸. Estes, por sua vez serão:

a) *latu sensu*: abrange a ação humana obediente à regra legal com efeitos dela decorrentes, resultante ou não do querer;

b) *strictu sensu*: os atos vindos da vontade e dirigidos a obtenção de determinado resultado querido. A esse último a doutrina tradicional denomina de ato jurídico *strictu sensu*, ao passo que para a doutrina moderna trata-se de negócio jurídico.

Adverte Benedetti (1990) que o ato jurídico de per se constitui mera *fattispecie*, e o negócio jurídico é também valor. Tal valor não significa a vontade que faz parte do ato negocial²⁹, nem a liberdade, mas se encontra centrado na autonomia.

O fato jurídico³⁰ em sentido amplo constitui todo acontecimento natural ou humano capaz de criar, modificar, conservar ou extinguir relações jurídicas, e pode ser dividido em três partes:

a) fatos jurídicos *strictu sensu*³¹, como sendo os fatos naturais;

b) fatos jurídicos *amplu sensu*, que consistem nas ações humanas lícitas ou ilícitas;

c) ato-fato, que diz respeito às ações humanas desprovidas de vontade. Esta última não foi albergada pelo Código Civil pátrio (GAGLIANO, 2010, p.341).

²⁸ Cf. Abreu Filho, 1997, p. 11.

Raó (1978) apresenta conceituação restritiva, enfatizando que jurídico é a declaração dispositiva e preceptiva da vontade autônoma do agente, dirigida a um resultado prático, individual e social, cuja produção decorre dos efeitos conferidos pelo ordenamento.

De acordo com Coelho, o ato jurídico é espécie do fato jurídico. Portanto, constitui ação do sujeito, permitido pelo ordenamento (COELHO, 2003, p.279).

Para a formação do negócio jurídico a autonomia privada exerce papel fundamental já que se refere a liberdade e ao poder de contratar - que adiante será esclarecido - e guarda íntima relação com a liberdade contratual, autonomia privada, mas, com elas não se confunde (VARELA, 1991, p.236).

³⁰ Monteiro define fato jurídico lato sensu como sendo o acontecimento que faz nascer a subsistência e a perda de direitos (MONTEIRO, 2005, p.201).

³¹ Gomes, discorrendo sobre o ato jurídico *strictu sensu*, classificando-os em atos materiais e de participação. Naquele, não há intento negocial, ao passo que neste, refere a participação de vários atos jurídicos, a exemplo da notificação, intimação etc (GOMES, 2010, p.201-7).

Fachin (2003, p.68) alude ao fato de que o direito civil se apresenta em categorias que se evidenciam por meio de classificação. Essa, por sua vez, ressalta o que tem função fundamental, voltadas para a organização do sistema, sua estabilidade e a segurança de valores. É desta forma que se constroem categorias que emolduram alguns conceitos básicos, tornando-as exequíveis.

Deste modo, o sistema seleciona os fatos a ele relevantes e os nomina de fatos jurídicos. Ademais, no direito existe juízo de valor sobre os fatos para dar-lhes a pertinência necessária dentro da molduração categórica criada.

"Fatos jurídicos são aqueles apropriados para dar a esse modelo uma forma organizacional a partir de certas categorias. Num sentido amplo, os fatos acabam se desdobrando". No entanto, existem outros fatos, os denominados de naturais por que são apreensíveis pelo sistema jurídico, os involuntários, cuja característica é a independência da vontade (FACHIN, 2003, p.70).

Dos acontecimentos que interessam para o mundo do direito encontram-se os fatos ordinários, também denominados de fatos jurídicos *strictu sensu*. Como fatos extraordinários tem-se aquelas circunstâncias excepcionais que geram consequências jurídicas como o caso fortuito (FACHIN, 2003, p.70).

Os fatos voluntários estão reservados para o sujeito de direito, que por sua vez, pode realizar um ato jurídico em sentido amplo e se dividirá em negócios e atos *strictu sensu*. No entanto, o Código Civil pátrio deixa explícito que os atos em sentido amplo englobam tanto os negócios jurídicos como os atos jurídicos em sentido estrito (FACHIN, 2003, p.71).

A diferença existente entre ato jurídico e negócio jurídico é doutrinariamente aquele contém manifestação volitiva³² que visa um fim (AZEVEDO, 2002, p.5), porém, os efeitos jurídicos dele decorrentes independem do querer (BENFATTI, 2006, p.59). No negócio jurídico, a parte persegue um efeito jurídico pretendido com a expressão do seu querer. A partir disso, pode se considerar atos lícitos e ilícitos, previstos no Código Civil, nos artigos 185 e 186 e seguintes, respectivamente.

É interessante lembrar que não é romana a construção da concepção de negócio jurídico, porém fora construída com elementos romanos (ABREU FILHO, 2003, p.9).

³² Essa declaração de vontade de natureza privada e patrimonial é tutelada pelo direito (ANDRADE,, 1992, p.25).

Convém esclarecer que o *negotio* romano era amplo e não significava apenas o elemento negocial existente no negócio jurídico. Eis a razão por que serviu de base para os pandectistas (MIRANDA, 2000).

O conceito de negócio jurídico começou a apresentar relevo com os pandectistas³³, na Alemanha. No século XIX³⁴, o negócio jurídico passou a integrar e ser estudado pela ciência do direito, registrando maior desenvolvimento no século XX³⁵ (RIBEIRO, 2002, p.85).

A doutrina alemã estabeleceu o conceito de negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*), imaginado como pressuposto fático querido ou posto em jogo pela vontade, de modo que fosse a base do efeito jurídico perseguido (SOUZA, 2005, p.363)³⁶.

A doutrina da base do negócio jurídico criada por Oertmann (*Geschäftsgrundlage*) foi desenvolvida por Larenz e estava fundada na cláusula geral de boa-fé e no regramento específico da quebra do negócio jurídico. "Constituem a evolução e aperfeiçoamento das antigas teorias da pressuposição (Windscheid, *Voraussetzung*) e da imprevisão (oriundo do direito romano - cláusula

³³ O termo pandectista é utilizado para referir-se à escola do século XIX, surgida na Alemanha, cujos grandes expoentes eram Savigny e Windscheid que tinham a tarefa de adaptar os textos romanos, em especial do *corpus Iuris Civilis* à realidade alemã daquele tempo. Com a adaptação contribuíram, pois inovaram e criaram (Tomaszewski. Benfatti, et al, 2006, p.55)

³⁴ Nessa mesma época, precisamente em 1850 Windscheid desenvolve a teoria da pressuposição, para se opor à máxima vigente à época, *pacta sunt servanda*, da força obrigatória do cumprimento do contrato. Pela teoria do pandectista alemão o contrato não poderia ser cumprido se não fosse verificada a situação subjetiva projetada no momento em que as partes firmaram o contrato, ou seja, aquela crença, a certeza subjetiva que determinado fato tivesse ocorrido, a certeza subjetiva que fundava a declaração de vontade negocial. Nesse caso a própria autonomia da vontade poderia ser usada para resolver o contrato, já que ela dava o norte. Por isso, não poderia ser aplicada a força obrigatória do cumprimento já que causava desigualdades. (cf. Wagner Mota Alves de Souza. 2005, p.357-60).

³⁵ Cabe observar que o código de 1916 não trouxe previsão do negócio jurídico, uma vez que Clovis Bevilacqua, autor do projeto do Código Civil daquela época não tê-lo feito.

³⁶ Nessa época surge a teoria de base do negócio jurídico que tem no cenário Oertmann preocupado em aperfeiçoar a teoria da pressuposição - surgida no início do século XIX, com o florescimento do liberalismo econômico -.Para o pandectista alemão e sua teoria, no momento da celebração do negócio jurídico a parte devia ter a certeza subjetiva de que a situação fática ocorreu ou ocorrerá e que a vontade negocial permanecerá no futuro. (SOUZA, 2005, p.361)
Após a primeira guerra criou-se situações propícias para o acolhimento da teoria da pressuposição desenvolvida por Oertmann que defendia uma representação mental de uma das partes mesmo conhecida e não impugnada, embasava a vontade negocial. Nesse ponto coadunava-se com a teoria de Windscheid, pois se trata de teoria psicológica da vontade. Houve críticas de Lenel, já que para ele a manifestação mental fundada numa declaração não tinha o condão de tolher a eficácia do negócio, pois não é por que a outra parte não reclamou é que tenha concordado (SOUZA, 2005, 363).

rebus sic stantibus)³⁷ (NERY JUNIOR, 2008, p.508). Era a teoria objetiva da teoria de base do negócio jurídico em contraposição a Oertmann e as críticas de Lenel.

Naquela mesma época, surgia a doutrina de Kaufmann, que inseriu elementos objetivos à teoria de base do negócio jurídico, a partir de estudos acerca da cláusula *rebus sic stantibus*³⁸ - tema que será estudado em momento oportuno, já que levará à onerosidade excessiva.

O conceito de negócio jurídico encontrou relevância em determinado momento histórico devido a uma série de fatores socioeconômicos e políticos, época em que o liberalismo vivia seu auge e prestígio. Era o período em que a autonomia da vontade vista como núcleo do negócio jurídico se despontava com grande importância.

Pela teoria resgatada por Kaufmann o negócio jurídico pode ser mudado quando afetada a sua essencialidade.

Hodiernamente, o fundamento e os efeitos do negócio jurídico encontram suporte na autonomia privada, devendo a vontade das partes ser obediente aos ditames legais. É assim que a declaração da vontade passa a constituir a definição do negócio jurídico (PEREIRA, 2004, p.475-6).

Azevedo (2002, p.16) tece críticas a teoria voluntarista que traz a vontade manifestada como elemento central do negócio jurídico, e também a teoria objetivista que tem o negócio jurídico como meio de produção de efeitos autorizados pelo ordenamento jurídico, do que como ato de vontade. Tal posicionamento fora agravado com os debates entre a teoria da vontade (*Willenstheorie*) e a teoria da declaração (*Erklärungstheorie*).

Somente depois se conceituou o negócio jurídico sob o critério estrutural, encarando-o como fato jurídico concreto, visto como todo fato jurídico

³⁷ Segundo o mesmo autor, elas se apresentavam insuficientes para a solução do desequilíbrio contratual e da quebra da proporcionalidade das prestações.

O negócio jurídico é celebrado sobre uma base – circunstâncias fáticas e jurídicas que os contratantes no momento da celebração do contrato - dúplice, objetiva e subjetiva, que deve se manter até a execução do contrato (NERY JUNIOR, 2008, p.508). A subjetiva visava os aspectos psicológicos dos contratantes. Ao passo que o objetivo se referia ao condicionalismo imposto pelas partes.

“O conceito de Oertmann foi desenvolvida pela doutrina superveniente que deu maior ênfase ao aspecto *objetivo* do negócio, bem como às consequências de sua quebra” (NERY JUNIOR, 2008, p.508).

³⁸ Kaufmann resgatou o estudo da cláusula que continha somente elementos psicológicos e lhe deu fundamentação objetiva, "segundo a qual a variação de certas circunstâncias existentes no momento da celebração do negócio jurídico mesmo que imprevisíveis pelas partes são irrelevantes

decorrente de declaração de vontade, permitido pelo ordenamento jurídico e com efeitos esperados, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica incidente sobre o fato.

Os códigos civis de 1916³⁹ e de 2002 não conceituaram o negócio jurídico, cabendo tal tarefa à doutrina.

Negócio jurídico é toda declaração de vontade destinada à produção de efeitos jurídicos correspondentes ao intento prático do declarante, se reconhecido e garantido pela lei. (GOMES, 2010, p.213).

O elemento vontade declarado é fundamental para fazer nascer a relação jurídica que vinculará as partes contratantes, observados os limites da autonomia privada.

[...] negócio jurídico é aquela espécie de ato jurídico que, além de se originar de um ato de vontade, implica a declaração expressa da vontade, instauradora de uma relação de uma relação entre dois ou mais sujeitos tendo em vista um objetivo protegido pelo ordenamento jurídico. (REALE, 1981, p.206).

A vontade é elemento condutor e não formador do negócio jurídico, assim ela é causa eficiente do vínculo, formador da relação negocial, de modo que ela, a vontade, não pode ser o negócio jurídico.

A obediência aos ditames legais pode ser entendida como a limitação da autonomia da vontade diante da autonomia privada, como forma de respeito e acatamento das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados, que serão tratados, cada qual, em item próprio.

O negócio jurídico⁴⁰ é espécie do gênero ato jurídico e constitui um valor semântico que compreende toda e qualquer declaração de vontade, seja do particular ou estatal, destinada à produção de um resultado individual ou coletivo

quando não põe em perigo a finalidade essencial do negócio, a exemplo da destruição da equivalência das partes" (SOUZA, 2005, p.365).

³⁹ Cf. Alves (1980) sobre o Negócio Jurídico no Projeto de Código Civil Brasileiro.

Cf. Ascarelli (1965). Negócio Jurídico Indireto.

⁴⁰ Para Azevedo (2002, p.16) o negócio jurídico pode ser visto como categoria, separando-o estruturalmente em abstrato e concreto, já que enquanto categoria constitui hipótese de fato jurídico.

(PEREIRA, 2004, p.477)⁴¹ e envolve tanto a relação de cunho civil quanto consumeirista.

Na molduração das categorias, o sistema apresenta os atos em sentido amplo, de modo que permite alcançar o negócio jurídico como forma de enaltecer a função fundamental do negócio, voltada para a segurança e validade do resultado da pretensão materializada pelas partes, com espeque na autonomia da vontade⁴².

Relativamente à atividade contratual que culmina com o negócio jurídico no estado democrático de direito a vontade fundada na confiança aparece como "a expressão mais acabada da suposta autonomia da vontade, já que é apresentada como sustentação do direito privado" (FACHIN, 2003, p.12).

A formação da relação contratual é composta pelos elementos equilíbrio contratual, autônomo contratual e da vontade, cláusulas gerais (que contemplam a função social) e conceitos legais indeterminados. Todos esses elementos conjuntamente contribuem para o espectro do equilíbrio congruente das partes que permitirão a visualização subjetiva da vinculação ao negócio como expressão da vontade interna, depois manifestada. É então observado que a confiança tem papel decisivo para a formação do negócio jurídico (MARQUES, 2007, p.41).

É impossível abordar a formação da relação contratual sem referência ao negócio jurídico⁴³, tratada pelo Código Civil, que pendeu para a definição conceitual pela ideia trazida pelos alemães. Esse conceito se resume na declaração de vontade, emitida de acordo com o ordenamento legal e geradora de efeitos jurídicos pretendidos (PEREIRA, 2004, p.478).

⁴¹ O mesmo autor traz várias posições acerca do negócio jurídico. Para "Enneccerus, trata-se de um pressuposto de fato, que contém uma ou várias *declarações de vontade, como base para a produção de efeitos jurídicos desejados*. No dizer de Oertmann, *é o fato produzido dentro do ordenamento jurídico, que com relação à vontade dos interessados, nele manifestada, deve provocar determinados efeitos jurídicos*. Ruggiero e Maroi conceituam-no como *uma declaração de vontade do indivíduo, tendente a um fim protegido pelo ordenamento jurídico*. Salvatore Pugliatti denomina-o *um ato livre de vontade, tendente a um fim prático tutelado pelo ordenamento jurídico, e que produz, em razão deste, determinados efeitos jurídicos*" (PEREIRA, 2004, p.477-8).

⁴² O princípio da autonomia da vontade está claramente emoldurado e desfoca seu foco de luz sobre o negócio jurídico, permitindo que as partes auto-regulem os seus interesses na esfera privada, já que permite ações voluntárias voltadas para a seara contratual. Em síntese apertada, essa autonomia, da vontade, permite que os sujeitos criem suas próprias regras para firmarem o negócio jurídico, desde que observados os limites da molduração através da autonomia privada e fulcrada na estabilidade e segurança das relações jurídicas.

⁴³ Cf. Fachin, 2010, p.68-9.

Adverte ANDRADE (1992, p.1) que qualquer ato que venha produzir efeito jurídico será denominado de ato jurídico, caracterização da simples ocorrência da vida real. Daí se concluir que haverá o negócio jurídico quando houver declaração de vontade com repercussão no mundo do direito.

Se, minuciosamente analisado, o negócio jurídico é o resultado do fato, enquanto manifestação da vontade querida e que produzirá, de imediato ou não, efeito no meio social. Então, o negócio jurídico é meio para a realização da autonomia privada, capaz de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas (LOTUFO, 2003, p.271).

Evidentemente, não é possível negar que o negócio jurídico representa o veículo permissionário para a realização do seu núcleo central, isto é, a autonomia privada. Esta será simbolizada pelo contrato, como forma de exteriorização materializada da manifestação volitiva emoldurada pelo dirigismo contratual⁴⁴.

Portanto, através do negócio jurídico circulam os direitos para modificar intencionalmente as relações jurídicas que estão pautadas tanto na autonomia das partes (GOMES, 2010, p.209) como na autonomia privada dentro dos limites emoldurados pelo direito civil e o dirigismo contratual.

Não é possível ainda nesse caminho deixar de caracterizar que o negócio jurídico serve como forma de regular os interesses das partes que estão fundamentados na autonomia privada, cuja essência reside entre os sujeitos do negócio, o interesse regulado, o poder e a vontade (FERRI, 1969, p.98).

O Código Civil de 2002, seguindo a esteira da socialização do direito contemporâneo trazida na Constituição Federal de 1988, especificamente no tocante à função social da propriedade e ao respeito à dignidade da pessoa humana, abandonou o individualismo que era pregado pelo Código Civil de 1916, como forma de exercer a autonomia privada (GONÇALVES, 2006, p.281).

É possível observar claramente a tendência no campo contratual de um dirigismo estatal a fim de tutelar os interesses que necessitam dessa proteção, mediante normas que restringem a autonomia da vontade (RIBEIRO, 1998, p.86).

⁴⁴ Cf. Gonçalves e Pereira (2009, v. XI, p.185-210), quando trata dos princípios gerais dos contratos, voltando-se para a limitação da vontade por meio do dirigismo contratual, inclusive consumista, quando se tratar de cláusula abusiva e contrato de adesão.

Deve também ser registrado que partindo da ideia de que o negócio jurídico vai ser materializado através do contrato, o Código Civil trouxe os princípios, dos quais se destacam⁴⁵:

a) da socialidade que privilegia os valores coletivos sobre o individual;

b) da eticidade que alberga além da ética, a equidade e a boa-fé nos contratos, permitindo que o negócio jurídico, exteriorizado por meio do contrato, obedeça às determinações dos artigos 421⁴⁶ e 422⁴⁷.

Ademais, possibilita ainda, resolver o contrato, quando ocorrer onerosidade excessiva, conforme determinação do artigo 478⁴⁸. Portanto, a principal expressão do negócio jurídico é materializada pelo contrato.

Além disso, é possível aludir que o negócio jurídico pode ser expresso ou tácito⁴⁹. Indispensável, portanto, a existência da boa-fé, descendente da confiança, como elemento basilar para a validade e interpretação do negócio jurídico (ABREU FILHO, 2003, p.253), pautado na autonomia da vontade (DINIZ, 2003, p.372)⁵⁰ e limitada pelo dirigismo contratual.

⁴⁵ Cabe notar que os princípios destacados no Código Civil de 2002 - sociabilidade e eticidade - especificam, do ponto de vista da teoria e da filosofia política, conceitos de verve republicana. Manifestam o lastro de sociabilidade decorrente dos valores, costumes e tradições próprios da compreensão de uma comunidade e da maneira como ela se auto-realiza frente às demais concepções de mundo. Para o modelo republicano, a comunidade política constitui um meio privilegiado de a comunidade se organizar, de forma consciente, a partir de valores comumente partilhados que permitam o reconhecimento recíproco e o exercício de direitos igualmente distribuídos a todos os seus membros. O Estado na concepção republicana não se justifica, como na visão liberal, pela proteção de direitos subjetivos privados, mas, antes, se justifica por garantir um processo socialmente aberto que comporta a participação dos cidadãos na formação da opinião e da vontade política. Significa, em outros termos, que os cidadãos devem se entender acerca dos fins que desejam realizar sob o enfoque do interesse comum e não sob a rubrica dos interesses privados. Tais observações são pertinentes para contrastar a afirmação contida na página 30, conforme demonstrava a posição liberal no regimento do negócio jurídico. Ver a esse respeito HABERMAS, Jürgen. Três Modelos de Democracia.

⁴⁶ Art. 421- A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

⁴⁷ Art. 422- Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁴⁸ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

⁴⁹ A exemplo da determinação do código civil Portugues, artigo 217°. Cf. citação n°. 1.

⁵⁰ A autora entende que a concepção de negócio jurídico está fundado na Teoria Objetiva de Oscar Von Bülow, que se funda na autonomia da vontade.

A materialização expressa da vontade e das condições que norteiam o negócio devem ser fixadas no contrato⁵¹, como forma de assegurar aos contratantes a expectativa do adimplemento da obrigação assumida.

Existe a necessidade de uma rápida abordagem sobre a obrigação e o contrato para manutenção do liame subjetivo do trabalho.

3.1.2 Obrigação e Contrato

A materialização do negócio jurídico resultante da vontade das partes, obedientes à autonomia privada, levará a obrigações que serão expressadas pelo contrato, enquanto instrumento regulado pelo direito.

Assim, na seara dos contratos, e das obrigações, temos estas, como expressão de auto-regulamentação da vontade dos particulares, ao passo que aqueles, aparecem como fundamento na autonomia da privada.

São novos direcionamentos para a concretização do negócio jurídico e seus efeitos, diante da nova concepção social dos contratos tratados pelo Código Civil de 2002, cuja finalidade foi a de assegurar a devida proteção do equilíbrio e da confiabilidade, que devem existir entre os contratantes e seus interesses.

O Código Civil de 2002 incorporou no seu texto as inovações existentes no sistema brasileiro desde 1990 com o Código de Defesa do Consumidor. Assim, deu novo tratamento aos contratos, abandonando a teoria clássica que o sustentava.

Houve uma relação de aproveitamento, colaboração e influência com reciprocidade entre as duas áreas do direito, que teve como ponto comum a proteção e a confiança dos interesses das partes contratantes (MARQUES et al., 2006, p.208-10).

Pois corroborada nessa confiança, que é o ponto central da obrigação materializada por meio do contrato, é que a nova teoria contratual busca

⁵¹ Em sede de contrato o Brasil tem uma nova teoria que dificultava a aplicação do direito, com isto surgiu a crise do contrato, assim denominado pelos franceses. Todavia, verifica-se que, no Brasil, a crise é da confiança, típica da sociedade pós-moderna, enquanto ele elemento intrínseco do contrato, e que, portanto, está pautado na boa-fé, enquanto modelo mãe do contrato. É destacado ainda a necessidade de diálogo das fontes, entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor e Comercial, sem desprezo às cláusulas gerais. Devido a essa crise na confiança dentro da teoria geral dos contratos, provoca o desenvolvimento de uma nova dogmática, com preocupação mais social, de modo a equilibrar as relações jurídicas entre civis, consumidor e comerciante, diante dos contratos regulados pelo código Civil de 2002 (MARQUES, 2007, p.12-40).

sustentação nas cláusulas gerais, trazidas pelos artigos 421 e 422 do Código Civil, contribuindo para a reconstrução da autonomia privada contratual.

3.1.2.1 Obrigação

O termo obrigação vem do latim *obligatio* (ob+ligatio) que corresponde a uma ação de prender. É derivação do verbo *obligare*, significando atar, ligar, vincular, portanto, é ato de se mostrar vinculado a alguma coisa (SILVA, 2000, p.567).

Das obrigações resultantes do negócio jurídico, interessam apenas aquelas que produzem algum resultado no mundo jurídico, excluindo-se, portanto, desse estudo, as morais, espirituais, por exemplo.

Essa obrigação⁵² permeada no plano normativo caminha para o conhecido direito das obrigações que representa o conjunto de normas jurídicas disciplinadoras das relações humanas (VARELA, 2000, p.15-6).

Esse vínculo deve ser adotado como pressuposto para que as partes obedeçam ao pacto firmado, cujo limite é a legalidade. Por isso, é importante que as partes tenham firmado a obrigação pautadas na boa-fé contratual, respeitados os limites da autonomia privada.

Os pactos deveriam ser cumpridos com a geração do vínculo e o surgimento da obrigação. No entanto, é observado que desde o Código de Hammurabi a obrigação não seria cumprida se houvesse uma exceção imprevisível (HESPANHA, 1996, p.36).

Formado o vínculo decorrente do elemento volitivo expressado, em observância à autonomia privada, uma parte desperta e faz nascer na outra a confiança e a crença de que aquilo que foi avençado será cumprido.

Àquela época, o Código de Hammurabi previa a exceção imprevisível como forma justificadora do possível descumprimento dos termos contratados. Contudo, hodiernamente o Código Civil faz referência a onerosidade

⁵² O Código Babilônico de Hammurabi, em seu parágrafo 48 trazia regras acerca do cumprimento do e extinção e a imprevisão do contrato, fundada na impossibilidade do devedor cumprir a obrigação assumida, caso tivesse acontecimento surgisse - trazendo o caso de interperie que destrói a colheita. Veja que o bem era a forma de garantia do cumprimento da obrigação - em que pese a tradição romana ter, durante certo período, feito com que a obrigação recaísse sobre a pessoa e não sobre a coisa (HESPANHA, 1996, p.36).

excessiva, como forma de relativização da força obrigatória do cumprimento do pacto.

A onerosidade excessiva foi a forma disposta pelo Código Civil para ressaltar a autonomia privada como limitadora da autonomia da vontade contratual e como forma de adequação legal ao fato social da modernidade.

3.1.2.1.1 *Evolução da Obrigação*

A gênese da obrigação surgiu a partir do comércio, realizado pelos grupos de pessoas, tribos e clãs, quando foi criada uma sanção que representava o vínculo obrigacional. No entanto, essa sanção começa posteriormente a ser personalizada em virtude da perda do caráter de coletividade, passando a alcançar, apenas, os corpos dos infratores.

A obrigação pressupunha a responsabilização pessoal do devedor, trilhada entre a liberdade e a vida, de modo que, poderia haver a venda da pessoa como *res*, além da retirada de parte do corpo e até a morte.

Retornando aos romanos, observar-se-á que o apego ao formalismo era característica daquela época, quando era predominante a preocupação exacerbada acerca das formas, dos dogmas, esquecendo-se do querer, a *voluntas*⁵³.

A evolução da obrigação ocorreu a partir do período pós-clássico, na Lei das XII Tábuas⁵⁴ o adimplemento passou a ser o foco central, em desprestígio da responsabilização pessoal.

Com a *Lex Potelia Papiria* (326 a.C.) teve-se o marco da evolução na conceituação de obrigação, pois os bens passaram a responder pelas obrigações (*pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxim esse*). Naquela mesma época, em oposição ao período pós-classico, foi permitida a prisão por dívida, e, somente após 491 d.C., é que o Estado retira do particular a possibilidade de efetuar as prisões, reservando a si, tal incumbência.

⁵³ Cf. a posição de vários autores, dentre eles, Pereira. Caio Mario da Silva. V. II. 20^a, 2005, p.8-13. Cf. ainda Cretella Junior, J. Curso de Direito Romano. 24a. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2000. Marky, Thomas. Curso Elementar de Direito Romano. 8a. ed. São Paulo: Saraiva. 1995. Cf. Justo, A. Santos. Direito Privado Romano II. Direito das Obrigações. Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra. Coimbra Editora. 2003.

⁵⁴ Posterior a Delcleciano e pos-morte de Justiniano.

A *Lex Julia (Cessio Bonorum)* trouxe mudanças no sentido de que o devedor cedesse seus bens sem intervenção do tribunal, além de limitar as hipóteses de prisão que somente poderiam ocorrer contra aqueles que não tivessem bens para responder pela obrigação.

Posteriormente, O *Corpus Iuris Civilis*, no século VI d.C., surgiu dando nova definição de obrigação, mostrando que, esta, provém da vontade, sujeitando o devedor a uma prestação que poderia ser de dar, fazer ou prestar, com isso, proibiu o alcance da responsabilidade no corpo do devedor (MARKY, 2005).

A ideia de *pactum* continuou na era do medievo e o seu descumprimento levava a uma mentira, a quebra da fé jurada. A palavra e os compromissos deveriam ser respeitados, por isso, aparece o *pacta sunt servanda*. É observado, portanto, que a *stipulatio* era a promessa solene do devedor, em resposta a pergunta feita pelo credor, ambos fundados no verbo *spondere*, que tinha finalidade sacramental⁵⁵ e que, depois, foi substituído pelo *sponsio*⁵⁶.

Hodiernamente, a responsabilidade, fruto da obrigação, tem caráter patrimonial⁵⁷.

3.1.2.1.2 Conceito de Obrigação

A obrigação é o resultado de uma relação jurídica, ou ainda, de um negócio jurídico, estabelecido entre duas partes: credor e devedor, em que um exige a prestação do outro.

É negócio jurídico por que existe o dever de realizar determinada conduta para acomodar o interesse de outra pessoa. Portanto, existe necessidade de suportar as conseqüências jurídicas relativas ao exercício de um direito.

É, ainda, resultado do vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra, uma prestação economicamente apreciável (PEREIRA, 2005, p.3-7). Ou, por fim, é, ainda, expressão de liberdade e operabilidade da vontade, respeitado o interesse social.

⁵⁵ Isto demonstra que os romanos cultivavam o *codex accepti et expensi* - lançado no livro do credor - , sem muita atenção às formalidades escritas.

⁵⁶ Significando que credor e devedor colocam-se diante de uma estátua de um deus e havia a pergunta: *spondes?* e a resposta era *spondeo*.

⁵⁷ Exceto no caso de alimentos.

3.1.2.2 Contratos

Na seara dos contratos serão feitos breves comentários, sem a pretensão de esgotar o tema, servindo apenas de suporte psicológico para a adequada compreensão do todo.

É importante registrar, sucintamente, que, o contrato no direito romano é base do direito pátrio. Os romanos não conseguiam conceituar o contrato⁵⁸, pois para eles, o *ius civile*⁵⁹ poderia criar *obligationes*, então, já que a base do contrato era fonte das obrigações. Por isso, não tinham a figura jurídica do *contractus* definida, de modo que, este vocábulo, quando raramente utilizado voltava ao participípio do verbo *contrahere*.

Daí, a *obligatio* surgia da prática do ato solene verbal, fixado pela *ius civile*, qual seja, *contrahere*, *contractus*, de modo que, a *voluntas* não tinha força para alterar.

Somente depois surge a noção de *vinculum*, que se formava entre pessoas, envolvendo uma *res* para uso, devolução, ou para consumo, no caso de ser fungível.

A partir de então, a vontade das partes tornou-se decisiva, quando a *iurisprudencia* reconheceu os contratos consensuais como fonte de *obligationes*.

O *conventio*, *consensu*, ou ainda, acordo de vontades passa a ser visto como elemento fundamental do contrato, a ponto de Ulpianus, socorrendo-se de Pedius (jurista dos séculos I-II), afirmar o caráter geral do termo *conventio*, de modo que nenhum contrato ou obrigação existiria sem ela, haja vista que qualquer palavra era nula sem a convenção.

⁵⁸ Cf. Justo, A. Santos. Direito Privado Romano II. Direito das Obrigações. Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra. Coimbra Editora. 2003. p.23-5. Cretella Junior, J. Curso de Direito Romano. 24^a. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2000. Marky, Thomas. Curso Elementar de Direito Romano. 8a. ed. São Paulo: Saraiva. 1995. p.117-21, 173-6.

⁵⁹ O *Corpus Juris Civilis* tratava as obrigações como suporte jurídico para se chegar ao ritual solene das relações contratuais. Nesse ponto foi formalista ao dar o sentido de imprevisibilidade nos contratos romanos. Os romanos diferiam contrato de pacto. Para eles, era fonte da obrigação que por sua vez, era um vínculo pessoal e inerente ao corpo, por isso gerava restrição à liberdade física. Já o pacto era convenção que originava o débito e sobre ele as conseqüências de origem patrimonial. "A dúplici concepção do contrato romano fundava-se no formalismo religioso e se concretizava sacramentalmente pelo ato constitutivo de uma relação, *nexium inter partes*, que exigia forma escrita obrigatória e cercava-se de ritualismo solene e aceito pelo consenso pessoal dos contratantes" (HESPANHA, 1996, p.37).

Desse modo, o *contractus* era um acordo de vontades envolvendo multiplicidade de pessoas que se vinculavam ao *ius civile* para formar a relação jurídica obrigacional pretendida.

Por isso, para os romanos a obrigação nascia dos contratos, que necessitavam dos elementos *ius civile*, que representa a causa, e do *conventio, consensu*, que é o acordo de vontades. Então, é possível concluir que a visão de contrato romano envolvia além da obediência à lei, a vontade, para que se criasse o negócio jurídico.

Na idade média, o grupo de juristas glosadores e pós-glosadores começaram fazer comentários e críticas, em glosas, sobre os textos romanos e sobre as regras formais e pactuais e depois o contrato. Somente após é que o contrato se libertou do formalismo da palavra dada (HESPANHA, 1996, p.38).

A vontade humana com a possibilidade de criar obrigações foi prevista pelos canônicos, que entendiam que a pessoa tinha a sua vontade vinculada à fé divina. Era a boa-fé, derivada do princípio da equidade, aparecendo como princípio (HESPANHA, 1996, p.38) inspirador para a formação da relação contratual. Essas ideias foram pregadas pelo cristianismo e difundidas pelos clérigos e glosadores.

A partir da inserção do princípio da boa-fé - de cunho clérico - que trazia forte conteúdo de credibilidade é que se firmou na doutrina clássica das obrigações, o *pacta sunt servanda*⁶⁰, resumindo aquilo que era contratado com espírito de boa-fé que obrigava as partes, por isso o contrato deveria ser observado, como se fosse a verdadeira lei.⁶¹

No entanto, mesmo naquela época medieval já havia a preocupação com a provável imprevisibilidade no cumprimento da obrigação, fazendo surgir, segunda a história, a cláusula *rebus sic stantibus*, como forma de tutelar o interesse das partes, para salvaguardar o futuro cumprimento das obrigações e do contrato.

Assim, ao contratarem, as partes assumiam dois ônus representados pelos princípios *pacta sunt servanda e rec stantibus*. O contrato não poderia, portanto, causar qualquer prejuízo a nenhuma das partes, devendo

⁶⁰ Por isso tem-se atribuído, historicamente, aos glosadores medievais o entendimento de que o princípio *pacta sunt servanda* devia ser observado como lei entre as partes.

⁶¹ A partir daí encontra-se expressões, principalmente advindas da época Napoleônicas e que acabou interferindo até no Brasil de que, o contrato faz lei entre as partes.

prevalecer aquilo que foi contratado até o momento da execução (HESPANHA, 1996, p.39).

Era o surgimento do princípio da autonomia da liberdade contratual, pois as obrigações existiam para servir à vida social, por isso obrigavam autonomamente os contratantes, respeitado a liberdade de cada, haja vista que estaria pautado na boa-fé.

O contrato era marcado pela liberdade de contratar. Essa liberdade baseada nos conceitos transcendentais de Kant⁶² "influenciaram a construção racional do contrato na ordem prática sob dois princípios básicos" (HESPANHA, 1996, p.42) relacionados à escolha de diferentes fins que o homem pensa da realidade contratual e à liberdade que provém da vontade das partes que contratam e que elas mesmas decidem como fazer (HESPANHA, 1996, p.42).

Hodiernamente, o contrato está pautado na escolha e na liberdade complementada pelos fins sociais que devem ser observado pelas partes. Tudo pautado na autonomia privada - diante dos olhos atentos do sistema.

3.1.2.2.1 *Conceito de Contrato*

O contrato é o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar ou extinguir direitos (BEVILÁQUA *apud* LOPES, 1996, p.30). É um negócio jurídico bilateral, e, por conseguinte, exige o consentimento, pressupondo a conformidade com a ordem legal, para que possa criar direitos para o agente.

É, portanto, um acordo de vontades que respeita a lei com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos. Ou ainda, é um acordo de vontades cuja finalidade é produzir efeito jurídico (PEREIRA, 2005, p.7).

⁶² Em Kant o conceito de vontade é visto em dois prismas: moral e legal. Moral quando se refere à autonomia da vontade e Legal quando se refere à capacidade de escolha ou arbítrio realizado pela vontade. No Direito moderno, o plano da moralidade foi abandonado. E as autonomias privada e da vontade - tal como empregado no Direito - permanecem no campo da legalidade, porém, fazendo o uso equivocado do termo "autonomia da vontade", que para Kant é moral. A distinção conceitual é importante porque no primeiro caso, Kant se refere à disposição da autonomia da vontade como princípio supremo da moralidade. Ao passo que a capacidade de escolha diz respeito ao arbítrio da vontade, cujo elemento fundamental é a capacidade de deliberação em função de interesses privados, como ocorre no momento da formação do vínculo contratual. O que se destaca nesse aspecto é que o conceito de autonomia da vontade (moralidade), tal como empregado nas relações contratuais permanece no plano da liberdade de escolha (legalidade), portanto, no âmbito da legalidade e não necessariamente da moralidade.

Leciona Coelho (2005) que o contrato é o resultado da convergência de vontades dos contraentes, que produz efeitos de criar, modificar ou extinguir direitos ou obrigações, trazendo, portanto, a autonomia da vontade.

Existe a definição que reconhece que o contrato é "um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelo princípio da função social e da boa-fé, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades" (GAGLIANO, 2006, p.11).

O contrato constitui um fenómeno jurídico que está intimamente inserido no plano da existência. Enquanto o veículo concretizante deste fato, isto é, a relação contratual, representa outro fenómeno que se situa no plano da eficácia (NERY JUNIOR, 2008, p.495).

A convenção provinda dos romanos com a significação ampla que levava ao contrato pode ser sintetizada como acordo envolvendo pluralidade de pessoas acerca de um objeto tutelado que leva ao contrato.

Portanto, poderia ser visto como uma espécie da convenção. Daí poder-se afirmar que o contrato pode ser visto como a convenção reflexa da convergência de vontades das partes que se obrigam entre si, alcançando o dar, fazer ou não fazer, respeitado a autonomia privada (RIZZARDO, 2008, p.5-6).

A partir dessa breve noção sobre a relação jurídica amarrada pelas obrigações e materializada pelo contrato, passa-se ao equilíbrio que essa relação deve proporcionar.

3.2 EQUILÍBRIO CONTRATUAL NO CÓDIGO CIVIL

A partir da formação da relação que é jurídica materializada pelo contrato, voltado para a moderna teoria contratual, deverá existir equilíbrio contratual quando houver boa-fé⁶³ contratual que decorre da confiança e representa o elemento central do negócio Jurídico.

A confiança tem papel decisivo na teoria dos negócios jurídicos, basta lembrar que o elemento volitivo e o momento da sua caracterização são de extrema importância para o interprete perquirir acerca da sua eficácia.

⁶³ Vista como cláusula geral que deve ser usado como forma construtiva e social, de modo a atingir o equilíbrio e a equidade no contrato (MARQUES, 2007, p.29).

A confiança, elemento mãe da boa-fé contratual, deve ser vista pela teoria geral do direito como a valorização, efetividade e eficácia das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados, seja em matéria de direito civil, comercial ou consumerista. Assim estará se voltando para uma nova teoria mais social do contrato, também denominada solidarismo contratual (MARQUES, 2007, p.20).

A nova realidade contratual estabelece um novo paradigma, o da boa-fé e confiança, como forma de combate as cláusula abusivas⁶⁴, à onerosidade excessiva⁶⁵, de modo a contribuir com a eficácia e efetividade dos fins sociais do contrato⁶⁶ tanto na esfera civil quanto consumerista.

A confiança enquanto formador do vínculo - e a boa-fé como formatadora⁶⁷ do negócio jurídico - entre as partes contratantes é princípio imanente ao direito (*vertrauensprinzip*), e ainda, "princípio diretriz das relações contratuais", por isso, a confiança merece proteção (LARENZ; REZZÓNICO *apud* MARQUES, 2007, p.30).

Em seu sentido mais amplo, confiar nada mais é do que acreditar, confiar na própria expectativa (*Vertrauen im weitesten sinne eines Zuvertrauens zueigenen Erwarturgen*), "nos elementos e na normalidade dos fatos sociais, é em verdade, um fator redutor da complexidade" (LUHMANN *apud* MARQUES, 2007, p.32).

Esta confiança, enquanto redutora de complexidade, demonstra a ocorrência da obediência aos ditames do dirigismo contratual que é caracterizada pelas autonomias da vontade e privada. Nesse sentido, as partes, obedientes a tal, gerariam efeitos albergados pela regra mãe. Portanto, existe decréscimo das probabilidades de insatisfação e até mesmo de discussão do negócio jurídico entabulado.

Em que pese a materialização das condições pautados na confiança, muitas coisas não são ditas, ficam pressupostas, indo de encontro com a

⁶⁴ Artigos 4º, I e III, 51, 53 e 54 do Código de Defesa do consumidor.
Artigos 422, 423 e 424 do Código Civil.

⁶⁵ Artigos 4º, I e III, 6º, 51, IV e parágrafo 1º, do Código de Defesa do Consumidor.
Artigos 156, 157, 317, 478, 479 e 490 do Código Civil.

⁶⁶ Artigos 1º, 4º, I e III, 51, IV, parágrafos 1º. e 2º do Código de defesa do Consumidor.
Artigos 421, 422 e 2.035 parágrafo único do Código Civil.

⁶⁷ Usou-se a expressão formatadora para demonstrar que a confiança ocupa lugar de destaque para a formação do vínculo entre as partes, ao passo que a boa-fé, enquanto cláusula geral, abrangente de significação e resultante da molduração do dirigismo contratual, deve ser obedecida dando o contorno, a forma para a finalização do negócio.

cultura. Essas coisas são elementos naturais para aquele tipo de contrato específico, a exemplo dos usos e costumes local (MARQUES, 2007, p.33).

Hodiernamente, o que se vê são contratos geralmente extensos, um indicador de que falta a base comum numa sociedade hipercomplexa, onde a confiança básica na atuação proba não é mais suficiente. A confiança sustentada pelo paradigma da boa-fé aparece em crise, levando à crise do próprio direito (MARQUES, 2007, p.33).

A crise da confiança afeta o próprio direito, em especial, os contratos, sendo necessária uma reação e um posicionamento do direito privado para que se permita a realização das expectativas comuns do homem em sociedade.

Para tentar atender a esses anseios, os Códigos Civil e de Defesa do Consumidor vieram trazendo as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados, permitindo que se façam efetivos os princípios gerais do direito⁶⁸

⁶⁸ Princípios gerais de direito são regras de conduta que estão na Lei de Introdução ao Código Civil (LIC) e no Código de Defesa do Consumidor (CDC). Eles são concretizados pelas cláusulas gerais, pois: a) norteiam a atividade jurisdicional ou o negócio; b) auxiliam o magistrado no preenchimento de lacuna.

Cláusulas gerais orientam, dão a diretriz ao juiz ao mesmo tempo em que o vincula. Ademais, lhe dá liberdade de decidir fazendo concreto o direito e a razoabilidade. São normas de caráter genérico e abstrato. São forma de concretude os princípios gerais do direito e da razoabilidade. No tocante a razoabilidade o autor busca sustentação na lógica do razoável de Recaséns Siches. (TOMASZEWSKI, 2006, p.7).

Em matéria de direito e hermenêutica do direito, na ciência jurídica latino-americana, Siches é o catalisador. A sua preocupação é a localização do homem no centro do universo. Ele observou que o método tradicional não se mostra suficiente para solucionar os problemas jurídicos, como também, não conduzem a um resultado admissível. No entanto, tais métodos não devem servir para se opor a arbitrariedade, mas sim a uma razão diferente. Então, a solução para o autor é não impor se é razoável ou não, por constitui questão secundária. O razoável é a solução humana, embora nem sempre racional.

A lógica do razoável traz a razão tomada de pontos de vista estimativo e critério de valorização axiológico, além de ensinamentos colhidos com a história. Pela Lógica do Razoável, Siches procura a validade no homem e isso foi influenciado pela mudança do pensamento com a revolução francesa, burguesa. O logos do razoável constitui a lógica que serve ao homem, e não se destina a explicar, mas em compreender e penetrar o sentido dos objetos humanos, voltados para a adequação dos casos concretos como fruto de certos valores. Com o novo código civil percebe-se a influencia do culturalismo de Reale, ao tentar aproximar mais a função legislativa e a jurisdicional a favor do alvo principal, o jurisdicionado.

Para Siches, nem a ciência jurídica, nem a Filosofia do direito tinham condições de escolha de um método ou tabua entre vários outros meios de interpretação. Então, a única regra que se podia formular com universal validade era: o juiz deve interpretar sempre, a lei de modo e segundo o método que levasse a mais justa solução dentre todas as que lhe fossem possíveis. Em seguida explica quais os valores que devem ser perseguidos ou não, na estimativa jurídica, tais como justiça, dignidade da pessoa humana, liberdades fundamentais do homem, segurança, ordem, bem estar e paz. TOZAZEWISKI inclui outros que englobam a prudência, sensatez, equilíbrio, possibilidade de preve conseqüências. Em arremate, diante da Lógica do Razoável e a função Legislativa assevera que entre valores não se cogita a hierarquia, por não ser critério legislativo, já que é a justiça é o valor que deve inspirar o legislador, pois, dentre tantas outras funções, tem a de

para o caso de lacuna diante da situação prática. Isto assegurará o equilíbrio e a equidade no contrato.

Certamente, o Código Civil dispõe das três diretrizes basilares, também chamadas de princípios lógicos fundamentais:

a) a eticidade, valorizando a boa-fé, trazida no artigo 113, com a inserção de uma cláusula geral da boa-fé trazida no artigo 422, além da possibilidade da onerosidade excessiva trazida no artigo 478 (MARQUES, 2007, p.38)⁶⁹;

b) a socialidade, voltada para a superação do caráter individualista, e por fim;

c) a operabilidade, como forma de dar concreção ao direito.

Para existir o equilíbrio contratual é preciso boa-fé e que as fontes dialoguem⁷⁰ para o alcance da finalidade comum de cada uma das regras, pautado no princípio da conservação do contrato.

Então, para que o negócio jurídico sofra minimamente com a crise da confiança, mister se faz o respeito a autonomia privada que norteia e limita a autonomia contratual como forma de auto-regramento da vontade dos particulares.

garantidora da realização de alguns princípios e prestigiar outros para garantia da paz (SICHES, *apud* TOMASZEWSKI, 2006, p.9-22).

Conceitos legais indeterminados trazem a solução pré-estabelecida. Não tem função de criar. São palavras ou expressões trazidas pela lei e com conteúdo bastante abrangentes, além de genérico, apresentar vagueza e imprecisão, contêm conteúdo lacunoso, exemplo da função social do contrato (TOMASZEWSKI, 2006, p.7-8).

⁶⁹ A autora entende que o problema da confiança está muito mais relacionado com a socialidade sem valoração da conduta (ética ou não) do que com os resultados sociais, como efeito reflexo do dano injusto, da declaração de confiança.

⁷⁰ "Uma solução flexível e aberta, de interpenetração ou mesmo de solução mais favorável" se apresenta em três espécies de diálogo: diálogo sistemático de coerência, diálogo de complementariedade e subsidiariedade e o diálogo de coordenação e adaptação sistemática. O primeiro uma lei serve de base para a outra (MARQUES, 2007, p.179-80).

"No caso, o Código Civil, como centro do sistema de direito privado, forma conceitos básicos para interpretação e aplicação do direito do consumidor", a exemplo do que seja prescrição, contrato e responsabilidade civil, enquanto que a aplicação específica sobre relação de consumo caberia ao Código de Defesa do Consumidor. Pelo diálogo da complementariedade e subsidiariedade, que consiste na "adoção de normas, em caráter complementar, por um dos sistemas", quando necessário para resolver o caso concreto (MARQUES, 2007, p.179-80).

Por fim, o diálogo de coordenação e adaptação sistemática, que se apresenta em dois aspectos (MARQUES, 2007, p.179-80):

- a) "De um lado a possibilidade de transposição da reflexão doutrinária e jurisprudencial da *praxis* do direito do consumidor, durante o período de vigência do CDC, para interpretação e aplicação do Código Civil, o que muito bem ocorre em matéria de obrigações e contratos, por exemplo (é o caso da aplicação da boa-fé objetiva, prevista no CDC, a interpretação e aplicação da cláusula geral de boa-fé prevista no Código Civil de 2002).
- b) De outro lado pode o novo Código Civil influenciar em uma redefinição do âmbito de aplicação do CDC, porquanto se tenha uma legislação renovada para as relações jurídicas entre iguais, com princípios e normas realizadas em relação ao tempo e aos desafios contemporâneos" .

Nesse aspecto estará sendo disciplinada a liberdade individual e confrontando direitos e deveres. É abordada, então, no dirigismo contratual, isto é, a intervenção do Estado-legislador e particularmente do Estado-juiz, para proteger essa nova visão do contrato⁷¹, que deve estar direcionada para a proteção e equilíbrio dos interesses legítimos dos contratantes e principalmente da confiança entre si (MARQUES, 2007, p.177-9), voltados para a manutenção do contrato.

Para existir o equilíbrio contratual, o artigo 421 do Código Civil, ao tratar da cláusula geral⁷² e da função social, aborda os efeitos externos da contratação, de modo a alcançar inclusive terceiros.

Nesse caso, são observados os efeitos do contrato insertos no contexto social afetando não apenas os particulares envolvidos naquela transação, como no caso da relação eminentemente civil ou comercial, mas também a coletividade de maneira generalizada e indeterminada, a exemplo da relação de consumo.

O artigo 422 do Código Civil, ao prever a cláusula geral da boa-fé objetiva, certamente estará cuidando dos efeitos internos da relação obrigacional que se formou, e, que, portanto, os efeitos alcançam apenas os contratantes (VELTEN, 2006, p.437).

⁷¹ A autora mostra que houve uma alteração da clássica visão do contrato, forjada a partir dos séculos XVII e XVIII, centrada na escola do jus-racionalismo e as recepções pelas maiores codificações a partir do Código de Napoleão, de 1.804, quando triunfava o caráter individual, como expressão do estado de *laissez-faire*, que recebia influência do liberalismo econômico e rejeitava qualquer tipo de intervenção, fosse de terceiro ou até mesmo do próprio estado, fazendo valer a máxima da época, *pacta sunt servanda*. Porém, o século XX trouxe uma nova realidade contratual, marcada pela despersonalização dos contratos, elegendo novas técnicas na formação do conteúdo, como a adesão, e as condições gerais dos contratos, inovando também quando a forma de celebração (telemática). ⁷²A cláusula geral está inserida no sistema jurídico - principalmente no Código Civil - integrando a sua unicidade e ordenação, fazendo com que possa conviver com outros microssistemas. Essas cláusulas gerais, juntamente com os conceitos legais indeterminados relativizam conceitos e mobilizam o sistema, flexibilizando, com isso, a rigidez do direito positivo. Assim, as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados são elementos integradores da unidade e da ordenação do sistema e se caracterizam como fontes de obrigações (NERY JUNIOR, 2008, p.187-8). ⁷³Também são denominados por alguns como conceitos jurídicos indeterminados. Nery Junior (2008, p.189) adota o termo conceitos legais indeterminados e a sua justificativa é a de que indeterminação está na norma legal e não forma, por isso parece mais apropriado conceitos legais e não conceitos jurídicos.

⁷² A cláusula geral está inserida no sistema jurídico - principalmente no Código Civil - integrando a sua unicidade e ordenação, fazendo com que possa conviver com outros microssistemas. Essas cláusulas gerais, juntamente com os conceitos legais indeterminados relativizam conceitos e mobilizam o sistema, flexibilizando, com isso, a rigidez do direito positivo. Assim, as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados são elementos integradores da unidade e da ordenação do sistema e se caracterizam como fontes de obrigações (NERY JUNIOR, 2008, p.187-8).

Pode ser constatado que as cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados⁷³ são elementos fundamentais para o equilíbrio contratual, por isso são integradores do sistema⁷⁴ brasileiro, com a finalidade de evitar a lesão.

3.2.1 Autonomia Privada, Autonomia da Vontade e Autonomia Contratual

Nos itens anteriores discorreu-se, rapidamente, sobre a autonomia privada como balizadora da realização do negócio jurídico. A partir de agora, cuidar-se-á da autonomia privada como limite para a autonomia da vontade⁷⁵.

No século XIX, influenciado pela doutrina econômica liberal, pautado numa visão individualista dos direitos subjetivos, se desenvolveu a autonomia da vontade, partindo do suposto que os indivíduos eram livres e iguais. Apenas o consentimento desses indivíduos os obrigaria a algo, com isso ter-se-ia, o acordo de vontade. Desse modo, era desenvolvida a autonomia da vontade como norma jurídica (MARTINS-COSTA, 1992, p.129).

A autonomia da vontade representa expressão inspiradora pela filosofia Kantiana, segundo a qual a dignidade da pessoa não se compadece com a submissão a leis outras que não aquelas estabelecidas pela própria vontade. Para Kant, a vontade, única fonte de toda obrigação jurídica, é, ao mesmo tempo, fonte de justiça. Tal é a origem da célebre máxima de Fouillée, que data da segunda metade do século XIX (MARTINS-COSTA, 2008, p.4): *qui dit*

⁷³ Também são denominados por alguns como conceitos jurídicos indeterminados. Nery Junior (2008, p.189) adota o termo conceitos legais indeterminados e a sua justificativa é a de que indeterminação está na norma legal e não forma, por isso parece mais apropriado conceitos legais e não conceitos jurídicos. Esses conceitos legais indeterminados são expressões trazidas na lei com vagueza e imprecisão, abstrato e lacunoso. Por isso permite ao juiz e ao interprete preencher tal vago, dando-lhe o sentido de acordo com a realidade social do momento.

⁷⁴ Sem pretender aprofundar sobre sistema, pode-se dizer que o Código Civil adotou um sistema, ou seja, uma conexão de institutos jurídicos e as regras jurídicas de uma grande unidade. Nesse sistema estão presentes dois elementos inseparáveis: a ordenação e a unidade (CANARIS *Apud* NERY JUNIOR, 2008, p.189).

⁷⁵ Para Nery Junior (2008, p.499-500), o artigo 421 do Código Civil ao tratar da função social do contrato trouxe ínsitas três cláusulas gerais: autonomia privada (quando fala da liberdade de contratar), respeito a ordem pública (quando fala do exercício da liberdade de contratar) e função social do contrato são cláusulas gerais.

A autonomia da vontade é fruto do princípio da dignidade da pessoa humana, trazida no art. 1º., inciso III da Constituição Federal brasileira.

Depois o autor mestra que o artigo 422 traz como cláusula geral a boa-fé objetiva (Op. Cit, p.504)

contractuel, dit juste (CHESTIN, 1981 *apud* MARTINSCOSTA, 2008, p.4).

Até o século XX imperava a liberdade contratual marcada pela absoluta liberdade de contratar, fazendo valer, portanto, a máxima *pacta sunt servanda*, caracterizada pela absoluta liberdade da fixação⁷⁶ do conteúdo do contrato e pelo desconhecimento de relativizações.

Com o advento do Estado social, a concepção sobre contrato sofreu profunda modificação como manifestação da autonomia privada no campo econômico.

Concomitante a isso, as Constituições estabeleceram como metas do Estado a solidariedade e a justiça social. Foi quando os princípios zeladores da justiça na relação contratual como a boa-fé e função social do contrato ganharam força, tirando assim, o foco da autonomia privada⁷⁷. Isso acabou alterando tanto as relações de consumo como as civis.

⁷⁶ A nova realidade contratual mostrava que a liberdade contratual e de escolha, apenas favorecia ainda mais a parte mais forte, deixando a parte economicamente mais frágil profundamente afetada pela desigualdade diante das condições fáticas.

⁷⁷ O direito romano ao limitar a autonomia da vontade, o fez por razões técnicas. Da publicação da Lei das XII Tábuas até a do Digesto, era conservado, naquele espaço de milênio, os princípios do formalismo e do individualismo, pois o sujeito era independente perante a sociedade e os Estado não fazia qualquer intervenção nas relações privadas.

Na era do código Prussiano iniciada em 1794 e 1804 com o código de Napoleão a autonomia aparece com cunho individualista. Os pensamentos filosóficos franceses revolucionaram o princípio da autonomia da vontade, de modo que os franceses, em 1789 anunciaram que o homem tinha a liberdade de ação como bem inviolável, fazendo triunfar a visão individualista do direito.

A revolução francesa deixou o ideal de liberdade e igualdade e luta pela justiça, mesmo sabendo-se que os homens não se apresentavam iguais de fato, mesmo tendo nascido iguais e deveriam continuar sendo, perante a lei.

A nova força que tomava vulto fez surgir fez com que a valoração da liberdade humana alcançasse o triunfo da autonomia da vontade, de modo que a marcha não podia ser interrompida. O dogma da autonomia da vontade surgiu durante o auge do individualismo e do liberalismo de outro século, inspirado na teoria do contrato social de Rousseau com crença na bondade natural do indivíduo e na necessidade de limitar pelo pacto social a conservação da liberdade.

Assim, a autonomia da vontade acabou se reduzindo a sustentar as obrigações contratuais, basicamente, nascida da vontade das partes que eram livres e iguais e seriam justas todas as obrigações que fossem criadas pela vontade. Mas a teoria da igualdade não estava sendo suficiente a ponto de assegurar a liberdade e a justiça no contrato, haja vista as desigualdades econômicas existentes entre outras classes.

Com isso procurou-se harmonizar os interesses individuais e sociais para tentar corrigir o excesso do individualismo imperante no campo codificado. Cimbballn chegou a propor ao seu país um Código do Direito Privado Social, já que na sua visão, toda matéria de contrato deveria ser conduzida no propósito de limitar a autonomia da vontade pautada nas normas de solidariedade social.

O Código civil Francês com inspiração no art. 1134, conforme acentuou Savatier, estabelece princípios segundo o qual as convenções legalmente formadas fizeram as leis das partes. O código atingiu despono no tocante a liberdade do homem, inclusive com o poder de fazer leis, tentava-se ressaltar a igualdade humana, como fruto do pensamento revolucionário francês.

Para implementar o solidarismo e a justiça social, o Estado precisou intervir na relação contratual, criando limites à liberdade de contratar para evitar abusos, a exemplo que já vinha ocorrendo (MARTINS-COSTA, 2008, p.2).

Então, somente se aplicava a autonomia privada se não existisse nenhum tipo de contrariedade a nenhum princípio ou regra.

A vontade, depois de manifestada, segundo o Código de Napoleão, a exemplo da lei, gerava obrigações. Portanto, era elevada a categoria de lei, haja vista que as partes poderiam determinar tudo no negócio, e, por isso, fazia lei para eles (*voluntas facit legem*)⁷⁸.

O jus-racionalismo oitocentista foi desestruturado pelas transformações de ordem social e política, que afetou o plano jurídico-contratual e as bases do dogma da vontade. Com isso, acabou culminando com a reformulação da teoria do negócio jurídico, afinal, era preciso adequar-se à nova realidade. Isto porque a autonomia privada reunia dois institutos do direito privado, ou seja, a propriedade e o contrato, abrangido pelo negócio jurídico, enquanto instrumento de circulação dos direitos, oriundas da vontade (GOMES, 2010, p.209).

O termo autonomia privada apresenta sua base fundada no personalismo ético⁷⁹ de Immanuel Kant que serviu de fundamento central do Código Civil alemão.

No entanto, nem a visão liberal ignorava o limite necessário à vontade, como também a visão baseada no personalismo ético não desconhecia a condição do resguardo de uma esfera de independência individual. Por fim, acabaram reconhecendo um campo de atuação da liberdade da vontade, com um limite que fora fixado em nome da sociedade (GONÇALVES, 2009, p.191).

Desta forma, igualava-se o contrato a lei, a fim de dar-lhe autoridade e estabilidade, de modo somente a vontade comum dos contratantes poderia por fim as obrigações assumidas. O poder público passa a desempenhar um papel apenas garantidor e de salvaguarda da liberdade.

O Código de Napoleão, visto como instrumento da burguesia, inspirado nas idéias de *Grotiu(sic)* e Wolf, foi tão sensível ao individualismo, que acabou afetando até mesmo o direito de propriedade, de modo que um imóvel não podia ser pedido para uso própria, por faltar o consensualismo. A força vigente do individualismo atribuía a valoração do princípio da autonomia da vontade. Esse espírito individualista foi seguido por inúmeros outros códigos.

⁷⁸ Assevera Noronha essa era a concepção dos autores ainda formados na concepção voluntarista adicional (NORONHA, 1994, p.113).

⁷⁹ O personalismo ético se apresenta "como imagem do ser humano, que seu autor, sem o dizer expressamente, aceitou como evidente. Esta imagem do homem parte do ser humano como uma pessoa ética e racional, que, investido de sua natureza e determinação, molda livre e responsavelmente o seu ser e ambiente, dentro das possibilidades oferecidas, estabelecendo seus objetivos e limitando seus negócios (LARENZ, *apud* GONÇALVES, nota 19. 2009, p.194).

A mencionada liberdade foi reconhecida pelo filósofo John Stuart Mill, reconhecedor da concepção liberal de liberdade associada à autonomia da vontade.

Por outro lado, conforme asseverou Dworkin ao tecer críticas à leitura direcionada para o querer particular do leitor, tal liberdade não significa a licença para agir de acordo com a própria vontade, pois deve ser entendida com independência, incluindo liberdade de expressão e respeito (DWORKIN *apud* GOMES, 2009, p.191-2). Nesse sentido, a liberdade de contratar somente deve ser cerceada para evitar lesão.

A intervenção estatal, na esteira do dirigismo contratual, traz ínsita a liberdade de contratar que deve ser pautada na liberdade de expressão e do respeito ao homem.

Modernamente, o homem deve ser conduzido ao centro do sistema, valorizando-o, de modo a respeitar e assegurar a dignidade da pessoa humana, tida como fundamento da república⁸⁰, insculpido como valor supremo a ser perseguido e respeitado pelo particular e pelo próprio Estado.

Por isso Dworkin alerta para o cuidado com a significação e utilização da liberdade, pois ela representa o limite para a realização do anseio daquele que pretende discutir, rever ou até mesmo estirpar do seu negócio jurídico materializado no contrato, qualquer elemento que afete a essência do negócio, cuja base se funda na confiança.

Assim, a liberdade de contratar torna-se uma linha tênue que circula a interpretação e o seu limite é o horizonte, por isso, existe necessidade do dirigismo contratual, a fim de evitar a lesão.

A preocupação em se evitar a lesão, certamente não originará nada de novo, senão reproduzindo o que os romanos já faziam, ao preceituarem: *honest vivere, alterum non laedere e suum cuique tribuere*.

Modernamente, esse preceito romano vem de encontro com a aplicação dos princípios gerais do direito, enquanto regras de conduta e de norte da atividade jurisdicional no momento da interpretação da norma ou do negócio jurídico,

⁸⁰ 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: III - a dignidade da pessoa humana;

e até mesmo, como forma de preenchimento de lacuna (NERY JUNIOR, 2008, p.188-9).

O conceito de autonomia da vontade não é absoluto e Pontes de Miranda (1962, p.32) já esclarecia: "Não existe autonomia absoluta ou ilimitada de vontade; a vontade sempre tem limites e a alusão à autonomia é alusão ao que se pode querer dentro desses limites."

A íntima relação entre a vontade, o negócio jurídico e o poder do sujeito se autodetermina na relação jurídico-contratual com poderes. Isso funcionava como autodisciplina dos próprios interesses na constituição do negócio jurídico.

O direito civil alude à proteção da personalidade, assegurando a liberdade da pessoa, e também aborda a autonomia privada como forma dessa garantia, sendo que ambas tem previsão na ordem constitucional.

A autodeterminação mencionada no parágrafo anterior, como a responsabilidade que gera do negócio dentro da esfera privada está ligada a pessoa. Então, a autodeterminação é essencial para a pessoa humana que tem assegurado a sua dignidade, pela constituição do país (HESSE, 1995, p.86).

Nery Junior (2008, p.500) separa autonomia da vontade de autonomia privada. A primeira representa princípio geral de direito e diz respeito ao querer do sujeito e a manifestação dessa vontade. Enquanto a última é princípio de direito privado e está ligado ao poder do sujeito de criar as normas e a ela se submeter.

Como pode ser observado, a autonomia privada representa princípio fundamental da disciplina contratual. Representa, portanto, dever de otimização, haja vista que como princípio, ordena que o seu conteúdo seja realizado, efetivado, na maior medida possível, observadas as possibilidades jurídicas e fáticas. Portanto, o seu cumprimento depende de possibilidades reais e jurídicas (ALEXY, 1997).

A modificação e a extinção da relação jurídica constituem a mais clara expressão da autonomia privada. Quando o sujeito regula seu próprio interesse, está a ele se vinculando exatamente naquilo que foi firmado, pautado na permissão da lei, expressão da autonomia privada.

Então, a força vinculante da vontade expressada advém, em primeiro lugar, do direito objetivo, decorrente da imposição do poder estatal, ao criar os limites do contrato, de modo que todo efeito jurídico produzido se reconduz à lei e

só se reproduz à medida que esta o autoriza (GOMES *apud* MARTINS-COSTA, 2008, p.4).

Nessa esteira de pensamento, a correlação entre negócio jurídico e autonomia privada, reside no fato de que a última constitui o poder de autodeterminação e vinculação, enquanto o primeiro é instrumento para concretizar tal vinculação (GOMES, 2010, p.210). Em outras palavras, o negócio jurídico é o meio de concretizar a autonomia privada. Isto porque ao se formar o negócio jurídico observando a vontade manifestada, e os limites do sistema, estar-se-á dando concretude à autonomia privada, como expressão do dirigismo contratual.

À medida em que os contratantes disciplinam as regras da contratação para ultimarem o negócio jurídico em formação, estarão se utilizando do poder de vinculação conferido pela autonomia privada. Então, no momento em que exercitam o poder de criar, modificar ou até de extinguir a relação jurídica, estão simplesmente exercitando a autonomia da vontade contratual⁸¹ situada no campo do negócio jurídico.

Larenz *apud* Gonçalves (2009, p.190) sustenta que um dos princípios do direito privado é a autonomia da privada, e que ela tende a substituir a autonomia da vontade, "cunhada por Gounot em 1912, para [...] caracterizar a concepção individualista e liberal que a seu tempo imperava" (NORONHA, 1994, p.111).

O Código Civil de 1916, inspirado nas mudanças provocadas pela revolução francesa que afetaram as ideais individualistas de sociedade industrial e comercial da época acabou privilegiando timidamente a autonomia da vontade.

No entanto, contemporaneamente a intervenção do Estado caminha como espiral, sendo pregada pelo dirigismo contratual, marcado pela intervenção estatal na economia e nos negócios jurídicos. Isto ocorre com a implantação de normas de ordem pública, a exemplo das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados, bem como pela intervenção judicial na revisão contratual e até exonerando a parte que for lesada.

⁸¹O exercício da autonomia da vontade das partes deve se dar em estreita obediência aos ditames da autonomia privada, o que se vê, contemporaneamente com a observância as cláusulas gerais e aos conceitos legais indeterminados, que serão oportunamente tratados.

O dirigismo contratual como instrumento de intervenção estatal nos negócios jurídicos se apresenta como forma de controle do estado nas relações privadas.

A atuação condutora do dirigismo contratual ocorre com a inserção de regras para a formalização do negócio jurídico e o seu resultante, o contrato, para que, com isso, atenda a função social, e a boa-fé, retratados nos artigos 421 e 422 do Código Civil, bem como com a permissão das partes entabularem negócios jurídicos (ou seja, contratos) atípicos, preceituado no artigo 425 do mesmo código. O mesmo se aplica às relações de consumo⁸², em que o foco protetivo está voltado para o solidarismo, buscando o equilíbrio e a equidade na relação contratual.

O negócio jurídico que não é apenas a declaração de vontade, mas sim ato de autonomia privada, vincula as partes e exige deles o respeito aos interesses que fixaram, com a prática daquele ato vinculado pela lei, fazendo destacar a confiança. Com isso o negócio jurídico assume sentido social, abandonando o dogma da vontade individual.

A autonomia privada não é violada com essa vinculação recíproca, posto que, está assentada sobre a autodeterminação de cada um dos contratantes (VARELA, 1991, p.244).

Com a superação do dogma da vontade, o foco da relação contratual passa a ser a tutela da confiança, que, conforme assevera MARQUES (*passim*), encontrase em crise, e por isso necessita ser tutelada. Desse modo, torna-se imperativo considerar a questão da autonomia privada como centro da discussão.

A autonomia privada é um fenômeno que pode ser visto por três diferentes prismas (MARTINS-COSTA, 2008, p.6):

- a) como poder de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas;
- b) como princípio aberto informador do sistema que justifica o funcionamento do próprio sistema jurídico e;
- c) como método de interpretação, haja vista que indica o norte para o alcance do sentido da norma jurídica.

A partir de então, é necessário estabelecer distinções entre autonomia da vontade e autonomia privada. A razão é simples, a vontade perdeu a

⁸²Vista como cláusula geral que deve ser usado como forma construtiva e social, de modo a atingir o equilíbrio e a equidade no contrato (MARQUES, 2007, p.29).

posição individualista, concedendo lugar à visão social, não significando, portanto, que as partes tenham perdido o poder de autodeterminação ou de auto-regularem os interesses na esfera jurídica. Apenas tem limite que é a liberdade⁸³ de utilizar o poder⁸⁴ para a autodeterminação.

Desta forma, a autonomia privada toca ao modo de ser do estado democrático em decorrência de consistir num método de produção jurídica, definida por Kelsen, como democrática (IRTI, 1994, p.23).

Embora sejam conexos os conceitos de autonomia privada e autonomia contratual, eles não se confundem e não são sinônimos. A liberdade contratual constitui fórmula abstrata cujo conteúdo se preenche com o conceito de autonomia da vontade, que se resume naquele querer. Ou ainda com autonomia privada, que possui conceito muito mais amplo, constituindo, consoante asseverado outrora⁸⁵, poder e liberdade de contratar (VARELA, 1991, p.236).

A autonomia privada está conexa com a atuação do sujeito com eficácia normativa. Representa também manifestação da subjetividade, decorrente da autodeterminação - tratada anteriormente - dos homens. É princípio da modernidade que reconhece a liberdade individual e a autonomia do agir, segundo Hegel, que foi quem pela primeira vez a ela se referiu (AMARAL NETO, 1999).

A liberdade contratual é a manifestação mais importante da autonomia privada, pressupondo uma situação jurídica fática aproximadamente igual entre os interessados.

A partir da ausência da igualdade, a autonomia privada de um, certamente conduz à falta de liberdade do outro, exatamente por estabelecer um desequilíbrio entre as partes que obviamente ferirá a dignidade da pessoa humana, antes mencionada.

Artigos 1º, 4º, I e III, 6º, 51, IV e parágrafos 1º e 2º, 53 e 54 do Código de Defesa do consumidor.

Artigos 156, 157, 317, 421, 422, 423, 424, 478, 479, 490 e 2.035 parágrafo único do Código Civil.

⁸³O termo liberdade refere-se ao direito subjetivo reconhecido aos contratantes, dentro da ordem jurídica de pactuarem e contatarem, chamado por Cordeiro (2000, p.217) de autonomia privada em sentido lato.

⁸⁴O termo poder, por sua vez, refere-se a disponibilidade, poder de criar, que as partes dispõem para firmar o negócio jurídico, que, na concepção de Cordeiro (2000, p.17) trata-se da autonomia privada em sentido estrito.

⁸⁵Embora citado anteriormente, convém repetir. O termo liberdade refere-se ao direito subjetivo reconhecido aos contratantes, dentro da ordem jurídica de pactuarem e contatarem, chamado por Cordeiro (2000, p.217) de autonomia privada em sentido lato.

O termo poder, por sua vez, refere-se a disponibilidade, poder de criar, que as partes dispõem para firmar o negócio jurídico, que, na concepção de Cordeiro (2000, p.17) trata-se da autonomia privada em sentido estrito.

A falta desse equilíbrio perscruta o surgimento da intervenção e da regulação estatal, como forma de intervenção cujo escopo precípua é a mitigação das desigualdades econômicas. Estas, por sua vez, para serem efetivadas necessitam de conexão entre direito público e privado, haja vista que o alvo central será sempre a pessoa humana e sua personalidade, garantidas pelo Código Civil e pela Constituição do país (HESSE, 1995).

Essa intervenção com o fito de regulação ocorre tanto na esfera civil quanto na consumerista, a exemplo da ocorrência da onerosidade excessiva⁸⁶.

Enquanto o Código de Defesa do Consumidor permite a revisão da cláusula contratada, o Código Civil prevê resolução ou a adequação do contrato. Não se pretende, aqui, tratar da eficácia de cada regimento tendo em vista a essência do negócio jurídico.

No entanto, pretende-se apenas ilustrar trazendo para a realidade fática a intervenção resultante do dirigismo. É certo que, outros exemplos podem ser trazidos, como a aplicação das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados.

A cada caso concreto deve-se interpretar fundado na ponderação do princípio tido como ordenador, isto é, a autonomia privada em face aos demais princípios contratuais, sem desprezo as cláusulas gerais, a exemplo da boa-fé, e dos conceitos legais indeterminados, e da função social do contrato e a manutenção do contrato.

3.2.2 Cláusula Geral e Conceito Legal Indeterminado

É no comando legal⁸⁷ que se encontra a proteção da relação contratual. A lei aparece como forma de limitar a autonomia privada, primando pelo equilíbrio contratual. Aí estão inseridas a cláusula geral⁸⁸, também denominada de

⁸⁶Previstas no art. 478 do Código Civil e no art. 6º., inc. V do Código de defesa do Consumidor.

⁸⁷Comando legal é visto como um tipo especial de norma jurídica cujo conteúdo carece de preenchimento pelo aplicador que estabelecerá as valorações necessárias para o caso concreto. Por isso se dizer que a cláusula geral não fornece critério necessário para a sua concreção, já que dependerá do caso concreto. A cláusula geral não constitui direito material, mas ponto de apoio para a formação da norma no caso concreto, já que permite ao julgador estabelecer o alcance exigido pelo caso (MAZZEI, 2006, p.391).

⁸⁸A cláusula geral é apresentada em três espécies: a) restritivas, servem para delimitar ou restringir determinadas situações, b) regulativas, são usadas como princípios para regular situações fáticas quando a legislação não o fornece e c) extensiva, que permite o alargamento da relação jurídica, mediante o uso de regras e princípios de outros textos legais (MARTINS-COSTA, 1998, p.24-48).

cláusula aberta⁸⁹, e o conceito legal indeterminado que tem grande importância na esfera negocial.

O Código Civil de 2002, despreocupado com o rigorismo conceitual trouxe novos valores que não existiam no ordenamento jurídico civil de 1916. Trouxe as cláusulas gerais como forma de moldar o direito à realidade social, dando mobilidade à interpretação feita pelo aplicador a partir da perspectiva de mostrar que o direito não pode ser interpretado de acordo com a letra da lei, mas fundado em uma base ética (TOMASZEWSKI, 2006, p.37).

O mesmo autor ainda continua enfatizando que o Código Civil foi marcado pela adoção de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais permeados de conteúdo ético e moral que darão o norte ao julgador, que se utilizará de conceitos metajurídicos (TOMASZEWSKI, 2006, p.33).

Para Nery Junior (2008, p.192), tanto as cláusulas gerais como os conceitos legais indeterminados são abstratos e trazidos na lei. Portanto, tem como função fornecer ao julgador a possibilidade de valorar e decidir o caso concreto, sempre pautado pela legalidade. Não se quer dizer com isso, que o juiz pode criar a regra como bem entender. Ao contrário, sua liberdade está pautada na legalidade.

Basta uma análise ao art. 4º⁹⁰ da Lei de Introdução ao Código Civil, que determina que na omissão, o juiz decidirá de acordo com a analogia, costumes e princípios gerais de direito.

Faz-se importante lembrar que os princípios gerais de direito são regras de conduta que nortearão a interpretação da norma, por isso não se encontram positivadas no sistema. Portanto, são regras de conduta que necessitam de concreção, pois quando são efetivadas, suprimem a lacuna.

Então, para aplicar o princípio geral do direito, o juiz se valerá das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados, pois somente assim,

Ao que parece, no momento em que o julgador ou o particular vai externar a concretude da cláusula geral, poderá se valer de qualquer uma das três espécies para atingir a efetiva concreção do direito.

⁸⁹Consoante ensinamento de Venosa (2009, p.369), a cláusula não é geral, mas sim aberta. A justificativa é a de que se trata uma tipificação aberta, de um dispositivo que deve ser amoldado ao caso concreto, sob uma compreensão social e histórica. Mas é certo que tanto uma quanto outra se caracterizam pelo termo com expressão vaga, e seu conteúdo é dirigido ao juiz como norte no trabalho hermenêutico.

⁹⁰ Art. 4. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

consegue fazer com que a luz da norma incida sobre o ator em cena, diante da peça intitulada negócio jurídico.

O juiz, ao preencher o conteúdo valorativo, decidirá de acordo com a lei, aplicando os conceitos legais indeterminados ou construirá a solução que lhe parecer mais favorável no caso concreto e no momento se valerá das cláusulas gerais (NERY JUNIOR, 2008, p.192).

Para Martins-Costa (1998, p.24-48), do ponto de vista estrutural do direito, as cláusulas gerais constituem normas parcialmente em branco que se completam com referência à regra extrajurídica. Ademais, o juiz é reenviado a modelos de comportamentos e a pautas de valores. Direcionado pelas cláusulasgerais, será possível formar uma norma de decisão que estará vinculada a concretização de determinado valor, de uma diretiva ou padrão social, tidos como exemplares para a experiência jurídica concreta.

Deste modo, a lei vincula a vontade das partes, mesmo quando não tenham quisto, eis que é norma de ordem pública⁹¹, como forma de concretização infraconstitucional da ordem pública constitucional (a exemplo dos fundamentos da república comentado outrora).

A ordem pública e o respeito aos bons costumes são meios de limite à liberdade contratual para permitir a intervenção do juiz no caso concreto para coibir abusos, permitindo inclusive a revisão do contrato, além da aplicação da onerosidade excessiva, consoante determinação dos artigos 478 e 480 do Código Civil.

Assim, a formação do contrato pelas partes para culminar com a vinculação da relação jurídica estabelecida ocorrerá por meio das regras eleitas pelas partes e pelas cláusulas gerais.

A cláusula geral é extensão dos princípios gerais do direito (DINIZ, 2006, p.404)⁹², isto é, são normas de orientação que se apresentam como diretrizes para o juiz e o interprete. Quando se refere ao juiz, tem dúplice função, o vincula a aplicação e ao mesmo tempo, lhe concede liberdade de estabelecer o alcance.

⁹¹ Norma de ordem pública constitui as regras que o legislador colocou como em posição de destaque na estrutura social e econômica da nação, por isso não admitem derrogação. Todos devem respeito (GONÇALVES, 2006, p.24).

⁹² Trata-se de comentário feitos ao Código Civil Comentado, onde a autora sustenta que o artigo 421 é um princípio geral de direito que tem ínsito, a cláusula geral da função social do contrato. Portanto, que tal princípio não fere a autonomia contratual, quando presentes os interesses metaindividuais ou individuais relativos à dignidade da pessoa humana.

Então, cláusulas gerais são apresentações, formulações genéricas que contem valores a serem preenchidos pelo juiz, principalmente, por isso se disse anteriormente que as vincula, mas que, essa vinculação lhe concede liberdade para o preenchimento dos valores mencionados. Importante notar que o juiz ao ficar jungido à fixação desse valor deverá agir de acordo com a formulação da própria cláusula geral que, como se disse, tem natureza de diretriz.

Nos artigos 187, 421, 422, 623, 868, 927, parágrafo único, 1028, 1634 III e 2035 parágrafo único do Código Civil encontram-se cláusulas gerais.

Pelas cláusulas gerais, pode ser observada uma abertura do sistema que permite ao juiz a concretização⁹³ da norma sobre o caso concreto. Nesse momento, estará dando vida aos valores inclusive constitucionais, haja vista que representam preceitos de ordem pública, a exemplo do artigo 2.035, parágrafo único do Código Civil. Serão analisadas as duas cláusulas gerais, a probidade e a boa-fé, trazidos no artigo 422 do Código Civil.

3.2.2.1 Da Boa-Fé e Probidade

O princípio da boa-fé constitui valor normativo e histórico e ocupou papel de grande importância no direito romano.⁹⁴

O Código de 1916 não fez previsão da boa-fé objetiva, no que inovou o Código Civil de 2002. No entanto, a preocupação com a boa-fé e seus desdobramentos vem de longa data (TOMASZEWSKI, 2006, p.35).

⁹³ O juiz, ao interpretar a cláusula geral da boa-fé deve considerar o Código Civil e as conexões sistemáticas com outros fatores metajurídicos. Cf. enunciados 24 a 27, aprovados na jornada de direito civil, promovida pelo conselho de estudos judiciários do Conselho da Justiça Federal (DINIZ, 2006, p.406).

⁹⁴ A primeira previsão sobre a *fides* encontrava-se na Lei das XII tábuas, e era vista como o núcleo normativo do direito privado, cuja finalidade era exigir dos contraentes o respeito a palavra dada (*pacta sunt servanda*), o que chegou a ser considerado o pensamento jurídico no final da República (AMARAL, 2006, p.420-1).

Na idade média a boa-fé ganhou projeção nos textos romanos sob duas perspectivas, uma voltada para posse e a outra em matéria de obrigações e contratos, este voltado para a expressão do valor ético que se exprimia no dever de lealdade na relação contratual. Depois sob a influência das ideias das codificações de Jusracionalistas, os códigos francês, italiano e alemão acolheram o princípio da boa-fé na sua dupla perspectiva (subjativa ou psicológica, e a objetiva que exprimia a necessidade de comportamento ético e leal na interpretação e execução do negócio jurídico) (AMARAL, 2006, p.420-1).

O código civil brasileiro de 1.916 não tinha previsão da boa-fé. Porém, o código civil de 2002 fez expressa menção nos artigos 113, 187, 422 e por fim, 2.035, parágrafo único (AMARAL, 2006, p.420-1).

A boa-fé está associada à ideia de princípio ou cláusula geral. Foi prevista como princípio pela primeira vez no art. 157 do Código Civil alemão, o BGB, exigindo que os contratos fossem interpretados com confiança e lealdade recíproca (TOMASZEWSKI, 2006, p.35).

Depois apareceu no Código suíço, vigente desde 1912, no artigo 2º, exigindo que os direitos e obrigações fossem exercidos pautados nas regras de boa-fé (TOMASZEWSKI, 2006, p.35).

Em 1942, o Código Civil italiano estabeleceu no artigo 1375 que a execução do contrato deveria ocorrer de acordo com a boa-fé, no que foi seguido pelo Código Civil português, no art. 227, 1º, alcançando as fases preliminar, da formação, até a conclusão do contrato (TOMASZEWSKI, 2006, p.35).

O Código Civil espanhol, em 1974, também determinou que os direitos deveriam ser erigidos segundo a boa-fé. Porém, antes deles, o Código de Napoleão já preceituava, no art. 1134, que as convenções deveriam ser executadas com boa-fé (TOMASZEWSKI, 2006, p.35).

Em que pese a previsão da boa-fé no Código Comercial brasileiro, de 1850, no artigo 131 *caput* e inciso I, este não desempenhou papel de cláusula geral (TOMASZEWSKI, 2006, p.36).

Foi na década de 90, especificamente com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor que a boa-fé chegou ao direito brasileiro. No entanto, com aplicação exclusiva e domínio da própria relação de consumo (TOMASZEWSKI, 2006, p.36).

Em consequência das transformações da doutrina pátria e estrangeira é que surgiu no Brasil, em 2002, o Código Civil trazendo a boa-fé como *standard* da conduta para interpretação das relações obrigacionais. Era o surgimento da produção de novo modelo hermenêutico. A boa-fé se apresenta como princípio fundamental e cláusula geral dos contratos (COSTA *apud* TOMASZEWSKI, 2006, p.36-49).

Adverte Pereira (2005, p.20) a supressão da lacuna no código de 2002 não foi plena, quando foi inserido o princípio da boa-fé, pois deveria ter alcançado as fases pré e pós-contratual. Haja vista sua grande importância na fase da prestação e do cumprimento.

A expressão boa-fé está associada à probidade, à interpretação dos contratos, ao interesse social da segurança das relações jurídicas, haja vista que as partes deverão agir com lealdade, honradez e honestidade.

Em sentido geral, a boa-fé apresenta três funções^{95,96,97} (AMARAL, 2006, p.421):

a) interpretativa, quando permite estabelecer o limite e alcance da norma;

b) integrativo, haja vista que constitui princípio normativo que serve para preencher lacunas eventuais;

c) limitadora dos direitos subjetivos das partes contratantes, consistente na limitação da autonomia da vontade, pautado pela autonomia privada, a exemplo do art. 422.

A boa-fé está relacionada ao inadimplemento absoluto, por isso se dizer que quando a parte não cumpre o dever resultante da pactuação ofenderá, certamente, a boa-fé⁹⁸.

É ainda, regra de conduta, e nesse aspecto deixa de ser princípio geral de direito e se transforma em cláusula geral da boa-fé objetiva, por isso, é fonte dos direitos das obrigações.

A partir do momento em que se apresenta como cláusula geral, insere no sistema aberto⁹⁹, característico do brasileiro, traz como característica a vagueza conceitual, que permite a sua aplicabilidade pelo interprete.

Para REALE (2003, p.77-8) quando se aborda a boa-fé, se relata uma condição essencial da atividade ético-jurídica, que tem como característica a

⁹⁵ 95A diferença marcante entre ambas é que, enquanto a interpretação é feita para Alcançar o sentido da declaração de vontade (a interpretação integrativa se socorre da aplicação de outras normas a fim de dirimir dúvidas –a exemplo do que ocorre com o código civil italiano, nos artigos 1.367 a 1.371, que estabeleceu normas de conservação do contrato, a interpretação das clausulas com expressões ambíguas), a integração se refere exclusivamente aos efeitos fixando as conseqüências do negócio jurídico interpretado. O código brasileiro não especifica as hipóteses de interpretação integrativa e de integração do negócio, a exemplo do que faz o código português, no art, 239º.

⁹⁶ Para o professor LOTUFO (2004, v.1, p.314), a boa-fé vai se traduzir em três comandos: a)função interpretativa da boa-fé (como sendo aquele que manda as partes procederem de boa-fé no negócio jurídico), b)funções integrativa e c) de controle (que se desdobram no dever de agir de acordo com a boa-fé na execução do contrato)

⁹⁷ No mesmo sentido, acerca das funções da boa-fé objetiva a)interpretativa (art. 112), b) controle (art. 186) e c) integrativa (art. 421). Todos os artigos do Código Civil (MELLO, 2006, p.325)

⁹⁸ Que deverá estar presente em todas as fases do negócio jurídico: nas fases pré e pós-contratual. Cf. enunciado 170 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III jornada de direito civil.

⁹⁹ A característica do sistema aberto é exatamente a possibilidade de se suprir as lacunas por meio do processo de integração, preenchendo o vazio com fontes heterônomas – vindas de fontes externas (AMARAL, 2006, p.422).

atividade proba das partes. Por isso, a boa-fé é, além de norma que pauta a conduta, também forma das partes se conduzirem. Com isso, integram o contrato, criando deveres que são juridicizados como forma de limitação dos direitos subjetivos.

Daí ser certo dizer que, respeitando a boa-fé, estar-se-á evitando cláusulas abusivas e desleais. Porém, quando presentes, o juiz, com seu poder de cautela, o poder hermenêutico e integrativo para a realização da justiça¹⁰⁰, se valerá da cláusula geral para adequar as cláusulas contratuais à realidade social, pautado na atividade proba e de boa-fé, além de observar a função social do contrato e a sua manutenção.

Por buscar o precioso respeito à lealdade, quer dizer que está fazendo valer a confiança, evitando que surja a pré-falada crise, consoante sustenta MARQUES, *passim*.

A probidade¹⁰¹ é um dos aspectos objetivos da boa-fé, por isso é entendido como honestidade e procedimento criterioso das partes no cumprimento do dever (GONÇALVES, 2006, p.34). A honestidade e a lealdade são características inerentes à probidade, tendo a mesma importância da boa-fé. Juntas, devem buscar a intenção das partes dentro do contrato (PEREIRA, 2005, p.21).

Por fim, pode-se dizer que a boa-fé é um estado de espírito que move o sujeito a praticar um negócio buscando aparente segurança. É aparente por que no entender de um, ela pode existir, ao passo que no do outro, pode não estar presente. Daí a necessidade de se socorrer ao Estado-Juiz para a real interpretação e alcance.

A boa-fé constitui inovação no Código Civil. Ela se biparte em subjetiva¹⁰² -conhecida como concepção psicológica da boa-fé - e objetiva,

¹⁰⁰ Em se tratando de relação de consumo aplicar-se-á o teor do artigo 51, incisos I a XVI do Código de defesa do Consumidor.

¹⁰¹ Decidiu o STJ, na Jornada IV STJ 363: "Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação" (NERY JUNIOR, 2008, p. 514).

¹⁰² A boa-fé subjetiva é técnica de interpretação contratual. É também denominada de concepção psicológica da boa-fé. Ela se revela numa crença ou ignorância de quem contrata. Ao contratar desconhece que está causando possível lesão ao outro contratante (NERY JUNIOR, 2008, p.316).

Por isso, para que o juiz interprete o negócio jurídico, a fim de apresentar a solução mais adequada, ele deverá buscar a intenção das partes, conforme preceitua o art. 112. Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

denominada de concepção ética da boa-fé (GONÇALVES, 2006, p.34). Pode ainda ser conotada de cláusula geral da boa-fé - objetiva¹⁰³, prevista no artigo 422¹⁰⁴ do Código Civil (NERY JUNIOR, 2008, p.504).

A boa-fé está prevista nos artigos 113, 187¹⁰⁵ e 422 e por fim no artigo 2.035, parágrafo único¹⁰⁶ do Código Civil.

A boa-fé subjetiva¹⁰⁷ vem trazida no artigo 113 do Código Civil e tem natureza jurídica de regra interpretativa para o juiz e deve ser interpretada juntamente com o artigo 112. Nesse ponto, o juiz investiga a intenção e o comportamento das partes para a efetivação do negócio jurídico que a caracteriza como de caráter subjetivo (NERY JUNIOR, 2008, p.316).

A boa-fé objetiva é cláusula geral, pois apresenta conceito vago carente de preenchimento pelo julgador. Vem trazida nos artigos 187, 422 e 2035 parágrafo único.

A boa-fé objetiva é do interesse do presente estudo¹⁰⁸, que se "constitui norma jurídica fundada em princípio geral de direito, segundo o qual, todos

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Veja que a boa-fé trazida no art. 113 é subjetiva, pois assume a natureza jurídica de regra de interpretação do negócio jurídico, valendo-se do art. 112, ou seja, buscando a intenção das partes.

Já a boa-fé trazida no art. 422 é a objetiva, portanto de conteúdo vago, indeterminado, por isso é uma cláusula geral, e depende da valoração do juiz para ser preenchido tal vago, diante do caso concreto.

¹⁰³ A cláusula geral da boa-fé objetiva está voltada para os contratos e implica ao contratante desleal as consequências da falta de lealdade, qual seja podendo ser revisto o contrato (NERY JUNIOR, 2008, p.504).

¹⁰⁴ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹⁰⁵ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou bons costumes.

¹⁰⁶ Art. 2.035. A validade dos negócios 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 parte determinada forma de execução.

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.

¹⁰⁷

A boa-fé subjetiva refere-se ao conhecimento ou desconhecimento de eventuais vícios do negócio jurídico e por não ser objeto deste trabalho, não será aqui abordada. Ocupar-se-á apenas da objetiva, que se refere ao padrão de comportamento, fundado na lealdade, e por isso interessa para o tema.

¹⁰⁸ Prevista no direito alemão (BGB, parágrafo 424 - Leistung nach Treue und Glauben (dever de cumprir a prestação com lealdade e boa-fé, observado os costumes) inspirou o direito brasileiro, em que pese não ter feito previsão às fases pré e pós-contratual. Todavia foi reconhecido pela doutrina e jurisprudência (NERY JUNIOR, 2008, p.506). CF. também Tomaszewski (2006, p.49).

devem se comportar de acordo com a boa-fé nas relações recíprocas" (GONÇALVES, 2006, p.35). Portanto, consiste no esclarecimento dos fatos e conteúdo das cláusulas, levando ao equilíbrio das partes, evitando lesão e, conseqüentemente, busca a manutenção e o respeito à lealdade.

Segundo Nery Junior (2008, p.505), a boa-fé objetiva, além de ser cláusula geral, se consubstancia em fonte de direito e obrigações. Assim, passa a ser fonte jurígena, a exemplo da lei, pois impõe comportamento aos contratantes, que devem agir com correção de acordo com os costumes que determina a conduta contemplada no art. 422 do Código Civil.

Essa boa-fé objetiva impõe padrão de conduta para guiar os contratantes a terem uma conduta reta, isto é, com probidade, lealdade e honestidade. Ao impor esse padrão de conduta, gera efeitos e responsabilidades pré e pós-contratual, hajavista que pelo art. 422, que alcança desde as tratativas preliminares até o momento da execução do contrato, chamada de pós-eficácia da obrigação (NERY JUNIOR, 2008, p.506).

Ela traz obrigação das partes agirem dentro da moldura de condutas (a da boa-fé, observando a função social, por exemplo). Pode-se dizer que é norma jurídica, com característica própria, que a distingue das demais normas jurídicas positivadas. Para Betti *apud* Nery Júnior (2008, p.506) "essa é essencialmente fidelidade e empenho de cooperação".

Ela se diferencia das demais normas por duas circunstâncias: a) primeiro por que constitui cláusula geral, portanto, tem conteúdo indeterminado, vago; b) pela sua referência aos mandamentos de lealdade e boa-fé, e não aos preceitos legais ou critérios sociais e meta-jurídicos (usos e costumes) (NERY JUNIOR, 2008, p.505).

No artigo 187, existem três cláusulas gerais: fins sociais e econômicos; boa-fé e bons costumes. Veja que a finalidade dele foi coibir o abuso¹⁰⁹ de direito, trazido no artigo 2035, parágrafo único.

No artigo 2035, em seu parágrafo único, estão as cláusulas gerais, destacadamente a função social do contrato (trazida pelo artigo 421), a boa-fé objetiva (trazida pelo artigo 422), os bons costumes (trazidos pelo artigo 187), além

¹⁰⁹O abuso de direito constitui conceito legal indeterminado. Ocorrerá abuso de direito quando o ato dado como abusivo violar a finalidade do direito, ou seja, o espírito do direito, independentemente de ter havido dolo ou culpa (NERY JUNIOR, 2008, p.368).

da função social da propriedade. Todos são preceitos de ordem pública, com isso, o juiz deve aplicar de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente do pedido da parte¹¹⁰.

Convém esclarecer que as cláusulas gerais apontadas não estão sujeitas a preclusão.

Por fim, consoante explicitado alhures, no tópico relação jurídica, a cláusula geral da boa-fé objetiva, trata dos efeitos internos do contrato, portanto, da obrigação assumida pelas partes.

3.2.2.2 Função social do contrato

A função social está presente não somente no direito, mas na maioria dos seguimentos da vida. As ciências diametralmente buscam o bem-estar das pessoas numa abrangência social, como, por exemplo, as políticas públicas da área da saúde.

Então, a função social está associada às ações humanas cujo escopo precípua é a realização do próprio homem no meio social. Desta forma, auto-regulamenta seus próprios interesses, observando os limites da autonomia privada.

A cláusula geral da função social decorre dos objetivos fundamentais da República, especificamente dos princípios, dos valores da solidariedade e da construção de uma sociedade livre e justa, bem como do fundamento da República, insculpidos, respectivamente nos artigos 3º, I, e 1º. IV, da Constituição Federal de 1988¹¹¹.

O contrato apresenta uma função econômica cuja finalidade é a produção e circulação de riquezas, afeto à liberdade de contratar, limitado pela autonomia privada.

Todavia, essa função destaque, contemporaneamente, e sob a visão e o comando normativo constitucional, não pode se resumir a apenas e tão somente

¹¹⁰O STJ decidiu na Jornada I STJ 26: "A cláusula geral contida no CC 422 impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes" (NERY JUNIOR, 2008, p.511).

¹¹¹Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
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 fundamento:

transferir riquezas, é preciso mais, necessita cumprir uma função social, tão ou mais importante do que o aspecto econômico revestido no contrato.

"Por isso fala-se em *fins econômico-sociais* do contrato como diretriz para a sua existência, validade e eficácia" (NERY JUNIOR, 2008, p.501). Daí se dizer que a cláusula geral da função social do contrato tem decorrência constitucional e não apenas civil.

A função social acaba sendo norma de ordem pública, que deve ser aplicada de ofício pelo juiz. É ainda uma cláusula geral em que, o juiz, no caso concreto, deverá preencher o conceito vago da função social, se valendo dos valores jurídicos, sociais, econômicos e morais (NERY JUNIOR, 2008, p.500-1).

O termo função social tem função instrumentalizadora, é força matriz e motriz e remete a abertura das disposições gerais sobre os contratos, além de ser decorrência da "incidência da *socialidade* que, juntamente com a *eticidade* e *operabilidade*, constituem os três princípios fundamentais que inspiraram a elaboração do novo Código Civil brasileiro" (VELTEN, 2006, p.428).

Por essa função instrumentalizadora, o juiz vai preencher a vagueza do conceito função social, tornando concreto o teor do artigo 421 do Código Civil. Faz-se importante ressaltar que não se trata de regra de interpretação, mas sim regra de concreção do direito ao caso concreto.

A função social consagra o princípio da socialidade¹¹², mostrando que na relação contratual se busca a transparência contratual, a boa-fé, além da justiça contratual.

Decorrência lógica deste entendimento é a compreensão da "função social do contrato", o qual representa uma justa composição de interesses individuais e coletivos, de tal forma que, se ele se rescinde devido ao inadimplemento de uma das partes, também pode ser resolvido se acontecimentos imprevisíveis tornarem por demais onerosa a prestação de um dos contratantes (REALE, 2003, p.37).

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

¹¹²Sustenta REALE (1981, p.2) que o direito existe na sociedade e não pode ser concebido fora dela. Por isso a socialidade é uma das características da realidade jurídica. Ademais, é através do direito que se pretende a operabilidade dos valores fundamentais trazidos na constituição, a exemplo da dignidade da pessoa. Por isso não se pode desprezar a solidariedade social. Daí se dizer, incansavelmente que a função social não limita nem tampouco impede a plenitude da liberdade contratual.

Adverte Tartuce (2005, p.200) que ao ser buscada a função social do contrato a valorização da pessoa humana tem se despontado, de modo que exista fusão de preceitos pessoais e patrimoniais que asseguram o mínimo ao sujeito, para que se tenha uma vida digna. Isso justifica o respaldo constitucional que reveste a questão - além da própria função social, o alvo maior, a dignidade da pessoa humana¹¹³.

Além de limitar a vontade das partes a função social leva ao atendimento do bem comum e dos fins sociais, que delimitará o alcance da função social, além de "fazer aferições valorativas à ordem social, jurídico, moral e econômica, de modo a repelir o individualismo". Desta forma, o artigo 421 quando traz a função social do contrato se apresenta como verdadeiro princípio geral de direito, "ou seja, norma que contém uma cláusula geral". (DINIZ, 2006, p.404).

Mais uma vez pode ser observado que o efeito do contrato pode ser relativizado pela atuação do juiz, diante do caso concreto. Ou ainda, a relativização pode ser assegurada quando as partes conseguirem chegar a um consenso sobre as condições pactuadas, evitando assim, futura intervenção judicial.

O novo código civil quando tratou da liberdade contratual, disciplinando-a no artigo 421¹¹⁴, criou mecanismos para integrar o contrato e a sociedade, pois desta forma, estaria realizando os fins sociais.

Em outras palavras, autoriza a interpretação e, evita a lesão ao ampliar a possibilidade de o juiz equilibrar¹¹⁵ a relação contratual, em que pese não ser norma para servir exclusivamente para interpretação.

A atuação do juiz para integrar o direito ou até mesmo de suprir eventual lacuna diante do caso concreto preserva os interesses individuais e meta-individuais que se relacionam a dignidade da pessoa humana¹¹⁶.

¹¹³Importante lembrar que o princípio da dignidade da pessoa humana tem atuação no sistema como elemento estruturante, além de informador do sistema de direitos e garantias fundamentais. Então a cláusula geral atua como fundamento direto e constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana. Torna-se, portanto, um elemento que potencializa a aplicação dos direitos fundamentais na relação entre particulares. Também por isso é que não se pode admitir a redução da aplicação dos direitos fundamentais, em benefício da cláusula geral, pois esta é coadjuvante (TEPEDINO. FACHIN, 2008, p.212-6).

¹¹⁴O artigo 421 serve também para fazer preservar o contrato. Nesse sentido decidiu o STJ, na sua I Jornada I STJ 22: "A função social do contrato, prevista no CC 421, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas" (NERY JUNIOR, 2008, p.503).

¹¹⁵É o caso da aplicação, também, do artigo 5º. Da Lei de Introdução ao Código Civil de 1.916, que continua em vigor.

Por isso, então, poder se afirmar que para estar presente a função social do contrato, não basta apenas e tão somente a geração de riquezas, mas é necessário atingir a cooperação mútua, denominada pela doutrina de dever de cooperação, visando à satisfação dos interesses globais (MELLO, 2006, p.324) ou também chamados de sociais.

O dever de cooperação e, ainda, de cuidado e de informação, consoante sustentado alhures, é decorrência direta da boa-fé objetiva que, por sua vez, atua no sistema aberto como norma de conduta¹¹⁷.

Portanto, se permitida a eficacialidade da cláusula geral da função social do contrato estar-se-á evitando abusos nas relações contratuais e, conseqüentemente, a lesão, haja vista que se permite a revisão e a resolução do contrato, que leva a valorização da dignidade da pessoa humana.

A função social servirá então de atenuante ao princípio da *pacta sunt servanda*, bem como da relativização dos efeitos do contrato, na medida em que o contrato tem eficácia social, não sendo mais visto com eficácia *inter alios acta*.

Devido à tamanha importância da função social do contrato no sistema brasileiro é que ela pode ser considerada ao nível de requisito de validade do negócio jurídico, de modo que, inobservada, pode levar a nulidade do ajuste (LOTUFO *apud*¹¹⁸ VELTEN, 2006, p.436).

Por isso, se afirmara outrora no item relação jurídica que a cláusula geral da função social trata da regulação dos efeitos externos do contrato, portanto, alcançando a coletividade.

Então, o contrato que se pautar pelos valores da solidariedade, da justiça social, e com respeito à dignidade da pessoa humana, trazidos nos artigos 3º, I, 170 *caput* e 1º, III, todos da Constituição Federal, estará atendendo a função social. Isto porque o contrato é instrumento de convívio social e de preservação de interesses coletivos.

¹¹⁶ Cf. enunciados 21 a 23 aprovados na jornada de direito civil pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (DINIZ, 2006, p.45).

¹¹⁷ Isso certamente leva a segurança das relações jurídica de que as partes esperam e o sistema proporciona.

3.2.3 Conceitos Legais Indeterminados

Os conceitos legais indeterminados se caracterizam por trazerem as expressões na lei. Tais expressões são de conteúdo vago, impreciso e genérico, isto porque o seu conceito é abstrato e altamente lacunoso e sempre se relaciona a hipótese de um caso concreto.

O Código Civil trouxe a previsão dos conceitos legais indeterminados nos artigos 122 (ordem pública e bons costumes), 188, II (perigo iminente), 251, parágrafo único (caso de urgência), 581 (necessidade imprevista e urgente), 927, parágrafo único (atividade de risco), 1643, I (coisas necessárias à economia doméstica) e 2019 (divisão cômoda).

Então, por meio dos conceitos legais indeterminados o juiz deverá no momento em que verifica a subsunção fática a norma, preencher a lacuna, dizendo se naquele caso se aplica ou não os conceitos legais indeterminados.

Por isso se diz que para aplicar os conceitos legais indeterminados o juiz não exerce função criadora, a exemplo do que faz quando aplica a cláusula geral, como no caso da função social do contrato.

3.3 FORMAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Desde o final do século XX tem surgido transformações no mundo, facilitadas pela globalização e pelos avanços tecnológicos, exigindo que o ordenamento jurídico acompanhe tal modernidade e os novos direitos que vão surgindo. Com isso, fez surgir novos direitos, dentre eles o biodireito e o direito do consumidor, especificamente, dentre outros.

Diante da constelação desses novos direitos surgidos, o direito do consumidor é a estrela de primazia grandeza devido ao seu alcance e finalidade. Ele veio a lume para eliminar as desigualdades criadas nas relações de consumo, principalmente a partir da segunda metade do século XX (CAVALIERI FILHO, 1999, p.20-1).

O consumidor foi reconhecido como vulnerável, e, por isso, o Estado passou a intervir no mercado de consumo, a exemplo do controle de preços,

¹¹⁸ O comentário feito pelo autor se refere a falas do professor Renan Lotufo durante as aulas de pós-graduação da PUC em 20.09.2004.

vedando cláusulas abusivas. Indiretamente asseguraria a dignidade humana na relação jurídica consumeirista.

Em se tratando de relação jurídica consumeirista, o foco central é a proteção do consumidor¹¹⁹, haja vista que desde o século XX o homem vem vivendo em função de um novo modelo de associativismo: a sociedade de consumo, tanto individual quanto coletivo, por meio dos contratos de massa. Isso justifica o surgimento disciplina jurídica autônoma: o Código¹²⁰ de Defesa do Consumidor¹²¹ (GRINOVER; BENJAMIN, 2007, p.1-6).

Para a formação da relação de consumo torna-se fundamental a identificação das partes, do objeto e do fim dado ao bem, para, a partir de então, se conseguir ver a relação contratual consumeirista (DENSA, 2006, p.5).

3.3.1 Consumidor

Adverte Filomeno¹²² (2007, p.28) que o conceito de consumidor adotado pelo código foi eminentemente econômico, voltado apenas para aquele que adquire bens ou contrata prestação de serviços como destinatário final, para atender necessidade própria, sem qualquer pretensão de desenvolvimento de atividade negocial.

A justificativa para a utilização do termo consumidor como destinatário final está pautado na finalidade do produto ou bem que, por sua vez, encontra apoio no direito precedente, a exemplo do direito italiano¹²³, sueco¹²⁴,

¹¹⁹Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

¹²⁰ Esse código alberga proteção integral, sistêmica e dinâmica. Pode-se dizer que tem-se a intervenção estatal (a exemplo do dirigismo contratual do direito civil), a imposição da autonomia privada cuidando do aspecto da vontade, confiança e boa-fé, voltados para a relação de consumo.

¹²¹ O código de Defesa do Consumidor se apresenta como microsistema de direito das relações de consumo e tem a pretensão de ganhar autonomia dentro da ciência do direito. As relações de consumo são complexas, por isso interdisciplinar com os direitos constitucional, comercial, administrativo, civil e penal. É ainda lei principiológica, e todas as outras leis que pretendam regular determinado setor da relação de consumo, deve a ela se submeter (NERY JÚNIOR, 2007, p.507-9).

¹²² Filomeno, a exemplo de Ada Pellegrini Grinover, Herman Benjamin, Zelmo Denari, dentre inúmeros outros são os criadores do Código de Defesa do Consumidor, responsáveis pela redação e adequação ao sistema brasileiro.

¹²³ Por aquela regra vale a regra psicológica de forma a identificar os motivos que o levaram ao consumo. Assim é definido o consumidor como pessoa que adquire ou utiliza bens ou serviços, não se referindo a atividade empresarial ou até mesmo de profissional não eventual (FILOMENO, 2007, p.29-30).

mexicano¹²⁵, espanhol¹²⁶, português¹²⁷, francês¹²⁸, suíço¹²⁹, argentino¹³⁰, uruguaio¹³¹, paraguaio¹³², peruano¹³³ e venezuelano¹³⁴.

Assim, arremata Filomeno (2007, p.32), um dos criadores do Código de Defesa do Consumidor:

Abstraídas todas as conotações de ordem filosófica, psicológica e outras, entendemos por "*consumidor*" qualquer pessoa física ou jurídica que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de um serviço. [...]

Desde logo, todavia, não há como escapar da conceituação de consumidor como um dos partícipes das "relações de consumo", ou seja, "relações jurídicas por excelência" [...] procurando tratar desigualmente pessoas desiguais, levando-se em conta que o consumidor está em situação de manifesta inferioridade ante o fornecedor de bens e serviços.

Ainda para o mesmo autor, a identificação do consumidor envolve duas pessoas bem definidas: o consumidor e o fornecedor cuja relação se destina a satisfazer a necessidade privada do consumidor. O traço marcante do consumidor

¹²⁴ A lei sueca define o consumidor como a pessoa privada que adquire um produto de um comerciante no exercício da sua atividade profissional. É o teor do art. 1º (FILOMENO, 2007, p.29).

¹²⁵ A lei mexicana define o consumidor como a pessoa que contrata a aquisição, uso ou desfrute, de bens ou a prestação de serviços (FILOMENO, 2007, p. 29).

¹²⁶ O conceito é conseguido por exclusão, assim, deve haver oferta de produto ou serviço a um não profissional (art. 2º. e 3º) (FILOMENO, 2007, p.29-30).

¹²⁷ Em Portugal, para caracterizar consumidor é preciso que seja adquiridos bens ou serviços como destinatário final, sem caráter profissional, portanto, pessoal, próprio (FILOMENO, 2007, p.30).

¹²⁸ Na França, o consumidor é identificado pela relação desenvolvida, que deve envolver um profissional e um não profissional (FILOMENO, 2007, p.29).

¹²⁹ Pelo código suíço não há conceito de consumidor, a questão fica para o direito das obrigações, que estabelece o dever de cumprimento (FILOMENO, 2007, p.30).

¹³⁰ Na Argentina, fica excluído do conceito de consumidor a pessoa que adquire armazena, utiliza ou consomem bens ou serviços para integrá-los em processo de produção, transformação, comercialização ou empréstimo a terceiro (FILOMENO, 2007, p.31).

¹³¹ O conceito de consumidor Uruguaio se assemelha ao do Código brasileiro, no seu art. 2º. , exclui quem usa o produto ou serviço para integrar processo de produção. Porém elai vai além, estabelecendo que quando se tratar de fornecimento de produto e prestação de serviços gratuitamente quando tiverem função de relação de consumo, equipara-se a ela (FILOMENO, 2007, p.31).

¹³² Pelo código paraguaio o consumidor alcança bens e serviços de qualquer natureza, estendendo a toda pessoa seja ela física, jurídica, nacional ou estrangeira que adquire, utiliza ou desfrute como destinatário final (FILOMENO, 2007, p.31).

¹³³ Consumidor é a pessoa natural ou jurídica, o usuário, que adquire utiliza ou desfruta produto ou serviço, como destinatário final (FILOMENO, 2007, p.31).

¹³⁴ O código venezuelano alcança a pessoa natural ou jurídica que na qualidade de destinatário final adquire, usa ou desfruta a título oneroso, bens ou serviços de qualquer natureza, excluindo os que adquirem com o fim de integração em atividade de produção, transformação ou comercialização (FILOMENO, 2007, p.32).

está na perspectiva que deve ser adotada, isto é, o sentido de que ele é vulnerável (FILOMENO, 2007, p.33).

Segundo Marques (2006, p.302-3) a questão da definição paira em torno de saber se quem é destinatário final, haja vista que o código adotou a definição objetiva trazida pelo artigo 2º, que envolve as duas correntes, finalista e maximalista.

Pela primeira corrente, restringe-se a figura do consumidor àquele que utiliza o produto ou o serviço, pois a finalidade do código é a proteção daquele que é vulnerável, o destinatário final. Trata-se de interpretação teleológica (MARQUES, 2006, p.303).

Na segunda corrente, a interpretação de consumidor deve ser extensiva, pois como a definição de consumidor apresentada pelo artigo 2º, é objetiva, entende que deve ser ampliada, alcançando àqueles que tem ou não função de lucro. Assim, destinatário final seria o definido como fático, aquele que utiliza, consome o produto. Nesse caso, é também considerada a transformação do produto, a exemplo, da fábrica de celulose e da dona de casa (MARQUES, 2006, p.304-5).

A definição de consumidor apresentada é restritiva, porém, deve ser extensiva ao conceito de consumidor trazido nos artigos 2º, 17, e 29¹³⁵. Do mesmo modo que ocorre com a corrente maximalista.

Pode ser observado que a definição trazida no artigo 2º é mais precisa, pois traz a generalização expressada pelo termo destinatário final, e isso leva ao consumidor concreto, mas também ao abstrato trazido no artigo 29.

O *caput* do artigo 2º indica uma pessoa real, aquela que estará na ponta da relação, ao passo que o artigo 29 traz o abstrato, uma espécie de conceito difuso, trazendo a presunção da sua existência (NUNES, 2009, p.95).

A questão de fundo é definir quem é o destinatário final. Existem controvérsias e o tema é árduo, de modo que não será esgotado aqui, exatamente para que não haja perda do foco. Certamente, a tarefa elucidativa deverá ficar para outro trabalho de pesquisa.

135 Art. 2º Consumidor e toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Art. 17. Para os efeitos desta seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento. Art. 29. Para fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

No entanto, fez-se uma passagem rápida apenas sobre as duas correntes, para justificar o equilíbrio contratual.

Em que pese a controvérsia acerca do destinatário final, este numa visão mais ampla, segundo Nunes (2009, p.94-103) pode ser resumido naquele que adquire o produto com a finalidade de dele se utilizar, pouco importando se ele vai produzir ou circular riqueza ou não com aquele produto.

A visão apresentada no parágrafo anterior se choca com aquela definida no artigo 2º do Código de defesa do Consumidor.

Nunes (2009, p.99-100) sustenta a extensão da caracterização e conceituação de consumidor enfatizando que é preciso ser separado o momento da aquisição e utilização do bem, independente da finalidade, para aferir se há consumidor. Desta forma, ele conclui que aquele que utilizar o bem para a produção, não deixa de ser consumidor¹³⁶.

Desta forma, na visão de Nunes (2009, p.99-100), é possível aludir que o consumidor representa qualquer pessoa, personalizada ou não, pública ou privada, nacional ou estrangeira que se enquadrar na aquisição, mesmo com a finalidade de produção, como descrito anteriormente.

Ao se adotar tal posicionamento, se dará maior aplicabilidade, efetividade ao direito do consumidor, a exemplo do que defende Marques (2006, p.67-92).

Assim, se uma pessoa jurídica adquire um produto para produção de outro bem, durante o processo de produção do bem, estará havendo a relação de consumo (NUNES, 2009, p.104-5).

O Código de Defesa do Consumidor vai regular as ocorrências fáticas em que haja o destinatário¹³⁷ que adquire o produto para uso próprio ou para

¹³⁶Para justificar a afirmativa o autor Nunes (2009, p.99-100) traz o exemplo simples da compra de uma caneta. Qualquer pessoa poderá comprá-la. Porém, no momento da compra, para aquela empresa que vende, haverá relação comercial, já para quem compra, no caso um professor, haverá relação de consumo, mesmo que ele utilize tal caneta para dar aulas. Nesse caso, exercendo seu mister ele está produzindo riquezas, mas não deixa de estar consumindo. O autor traz ainda outros exemplos de um despachante que compra uma máquina de escrever e a utiliza no estabelecimento. A situação é idêntica.

¹³⁷Esse destinatário pode ser pessoa determinada ou a coletividade a exemplo das determinações dos artigos 17 e 29 citados anteriormente. No caso da coletividade, tem-se as ações coletivas para fazer valer o direito.

A questão tratada pelo art. 17 trata de vítima do evento. Embora guarde relação com o artigo 2º., para este trabalho, não demanda comentários, visto que o que se pretende é a identificação do consumidor enquanto destinatário final de fato, concreto e não presumido ou abstrato. Isto por que

produção de outro produto ou serviço que será colocado no mercado de consumo, pois se não for posto, não será alcançado pelo Código (NUNES, 2009, p.106)

Marques (1992, p.67-92) embora leciono que o Código de Defesa do Consumidor tenha que ter aplicação mais efetiva, acaba defendendo uma interpretação restritiva do termo destinatário final trazido no artigo 2º, baseados nos princípios trazidos pelos artigos 4º e 6º do mesmo código.

Pela primeira corrente, a finalista, a pioneira, sustenta que o consumidor é a parte vulnerável, e, por isso precisa de tutela, pois caso não necessite, não é consumidor.

Pela segunda, os maximalistas, estes enxergam no Código uma nova norma, novo regramento do mercado de consumo, de maneira abrangente, e não normas de orientação do consumidor não profissional.

A autora (MARQUES, *passim*) defende a aplicação extensiva do Código e não da conceituação de consumidor, de modo a alcançar o maior numero de pessoas possível, visando conceder maior efetividade.

Por isso, a adequada compreensão é dependente da teoria finalista, no que concorda Filomeno (2007, p.41), que sustenta que se fosse para alcançar a todos como querem os maximalistas, não haveria necessidade do Código de defesa do Consumidor, bastaria o Código Civil.

Os dois sistemas - civil e consumeirista - podem dialogar no tocante a aplicabilidade dos seus princípios, uma vez que ambos estão em busca do equilíbrio contratual, assegurando então a maior efetividade com resultado social.

3.3.2 Fornecedor

A questão não envolve polêmica e pode se definir como fornecedor aquele (pessoa física ou jurídica) que coloca o produto ou serviço a disposição do consumidor.

Assim, serão todos os que participam da oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, de maneira a atender as necessidades dos

a problemática se circunda em torno do contrato de alienação fiduciária de coisa móvel e a onerosidade excessiva. Eis a razão da fixação do recorte epistemológico.

consumidores, conforme preceitua o art. 3º do Código de Defesa do Consumidor¹³⁸ (FILOMENO, 2007, p.47). O próprio artigo 3º, no *caput*, mostra que o rol é amplo, nele se inserindo todas as pessoas capazes, além de entes despersonalizados (NUNES, 2009, p.109).

3.3.3 Relação de Consumo

Para a formação da relação de consumo, é fundamental estabelecer consumidor e fornecedor trazida anteriormente, para, a partir daí, traçar os princípios que norteiam essa relação jurídica consumeirista. No fundo, se trata de verdadeiro negócio jurídico consumeirista.

A exemplo do direito civil, o direito do consumidor tem vários princípios (NUNES, 2009, p.91) que norteiam a sua efetividade, visando proporcionar o equilíbrio e a proteção¹³⁹ do consumidor na relação de consumo. São eles:

I) protecionismo e o imperativismo da ordem pública e interesse social são previstos no artigo 1º¹⁴⁰ que permite ao juiz aplicar as regras legais de ofício;

II) vulnerabilidade que está prevista no artigo 4º, I¹⁴¹.

A vulnerabilidade é assunto de direito material e vem prevista no artigo 4º, que traz os princípios estribes do sistema, dentre os quais a política nacional deve obediência, que justifica a intervenção estatal no domínio econômico.

Para Marques (2006, p.320), a "vulnerabilidade é mais um estado da pessoa", em que ela se encontra em inerente risco, podendo ser tal situação

¹³⁸Art. 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.

¹³⁹Essa proteção vem expressada no artigo 47, quando trata da interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor.

Art. 47 As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

¹⁴⁰ Art. 1º O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

¹⁴¹ Art. 4º. A Política Nacional da Relação 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: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

permanente ou provisória e que gera o desequilíbrio da relação. Por isso, ela aponta quatro tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática e a informacional¹⁴².

Se comparado ao sistema civil, falar-se-ia na presença clara do dirigismo contratual, como forma da intervenção na autonomia privada, já tratada em item próprio.

Aqui o estado intervém para assegurar o equilíbrio e a proteção, garantindo que o consumidor tenha liberdade de escolha, a exemplo dos medicamentos genéricos. Garante a qualidade e possibilita ao consumidor a escolha, sem que isso afete a vulnerabilidade.

Adverte NUNES (2009, p.125-32) que basta ser consumidor para ser vulnerável. Trata-se então de comando de ordem pública, portanto o juiz deve aplicar independentemente do pedido da parte.

O termo vulnerabilidade importa dizer que o consumidor é a parte mais fraca da relação, que justifica, então, a proteção. Demonstra, portanto, a fragilidade técnica e econômica do consumidor.

Tal vulnerabilidade decorre de dois aspectos (NUNES, 2009, p.128):

a) vulnerabilidade técnica que está associada ao meio de produção e afeta diretamente o poder de escolha, de decisão;

b) vulnerabilidade de cunho econômico que está relacionada ao poder econômico que as partes detem.

Na visão de Densa (2006, p.21-2), a vulnerabilidade além de ser decorrência legal e não admitir prova em contrário, ela se apresenta em três tipos:

a) técnica, que se resume na falta de conhecimentos específicos sobre o bem e isso se refere tanto às características quanto a utilidade;

b) jurídica, pelo qual o consumidor não possui conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos para esclarecimentos sobre o contrato que assina, a exemplo dos juros cobrados;

c) fática ou sócio econômica, pela qual o consumidor é a parte mais fraca da relação, e, o fornecedor, o detentor de todas as informações, portanto, em supremacia.

¹⁴² No caso da técnica ela é presumida no sistema para o consumidor não-profissional. A jurídica ou científica se resume na falta de conhecimentos jurídicos, contábil ou econômicos específicos; para a pessoa física ela é presumida. A fática ou sócio-econômica está ligada ao poder de imposição que a outra parte contratante tem ao fornecer o produto ou bem. Por fim a informacional que afeta o direito de escolha.

Em que pese a bi ou tripartição de elementos para caracterizar a vulnerabilidade, o certo é que ela se apresenta e caracteriza como parte mais fraca e tem aplicação imediata, por ser regra de ordem pública.

É possível resumir em duas classificações a exemplo da apresentada por Nunes¹⁴³, haja vista que a apresentada por Densa está inserta naquela feita por Nunes. Por fim, o que mais importa é a efetividade, a concreção do reconhecimento da vulnerabilidade, reconhecendo o consumidor como a parte que não tem acesso à informação técnica, econômica e nem jurídica.

É bem verdade que a aplicação do princípio da vulnerabilidade representa a efetivação e concretização do princípio constitucional maior, o da dignidade da pessoa humana.

III) hipossuficiência que está prevista no artigo 6º, VIII.¹⁴⁴

A hipossuficiência trazida pelo Código de Defesa do Consumidor é de cunho técnico e não econômico. Ademais, ela se verifica no campo processual, haja vista que é a partir dela que se concede a inversão do ônus da prova¹⁴⁵. Por isso se dizer que ela ocorre no campo processual. Não se trata, portanto, da proteção ao mais pobre, mas àquele que não detém o conhecimento técnico sobre o produto ou serviço (NUNES, 2009, p.152).

IV) equilíbrio e boa-fé objetiva previstos no artigo 4º, III.¹⁴⁶

Deve existir uma harmonização dos interesses daqueles que estão associados à relação de consumo e isso se alcança com respeito aos princípios da isonomia e solidariedade. Certamente, tal harmonização deverá surgir fundada na boa-fé e no equilíbrio (NUNES, 2009, p.129).

¹⁴³ *passim*

¹⁴⁴ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, ao seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

¹⁴⁵ A mencionada inversão do ônus da prova deve ser aplicada sempre que houver a relação de consumo, independentemente de ser a pessoa pobre ou não, envolve questão técnica. Observe que a regra é diferente da estabelecida no artigo 333 do Código de Processo Civil. Que trata da produção de prova.

¹⁴⁶ Art. 4º. A Política Nacional da Relação 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:

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

A boa-fé tem o mesmo sentido da boa-fé objetiva tratada no direito civil, isto é, direciona como as partes devem agir. Constitui, portanto, uma regra de conduta, que demonstra que as partes devem agir com lealdade e honestidade. O exemplo claro é o do fornecedor que ao apresentar o produto deverá esclarecer acerca dos detalhes para que o consumidor possa ter condições de escolha.

Nesse momento, pode ser observada a prática da autonomia privada, com o dirigismo contratual e a autonomia da vontade, permitindo a liberdade de escolha, de acordo com o que for apresentado.

A boa-fé é uma espécie de pré-condição abstrata de uma relação justa, ideal, na qual o caso concreto deve se moldar. É ainda um modelo de conduta (NUNES, 2009, p.132).

V) dever de informar que está previsto no artigo 6º. III.¹⁴⁷

O dever de informação, juntamente com o princípio da transparência, exige, do fornecedor, mesmo antes do início de qualquer relação contratual, que se disponibilize todas as informações necessárias sobre o produto ou serviço, facilitando a escolha (NUNES, 2009, p.142).

Pelo princípio da transparência, é preciso que o fornecedor proporcione todas as informações acerca do que está sendo contratado. Portanto, se refere aos produtos e serviços, além das cláusulas contratuais.

Certamente, estará alcançando a proteção contra a publicidade enganosa.

VI) revisão das cláusulas contrárias prevista no artigo 6º, V.¹⁴⁸

A revisão das cláusulas contratuais encontra suporte nos princípios da boa-fé, vulnerabilidade e do equilíbrio, como expressão da concreção do princípio constitucional da isonomia.

Assim, fica assegurada a possibilidade de revisão e modificação das cláusulas contratuais, quando houver prestações desproporcionais e a revisão em razão de fatos supervenientes que o tornem excessivamente onerosa.

¹⁴⁷Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes tipos de produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresenta.

¹⁴⁸Art. 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.

Uma vez possível a revisão, não significa a extinção do contrato, pois se altera apenas as cláusulas comprometidas, devendo o juiz preservar o contrato (princípio da preservação do contrato).

Ao determinar a adequação da cláusula abusiva, o juiz faz operante a autonomia privada redefinindo os parâmetros materiais da autonomia da vontade expressada pelos contratantes.

Daí, é possível observar que, a exemplo do direito civil, no direito do consumidor, a liberdade de contratar e o estabelecimento das cláusulas sofrem limitação imposta pela autonomia privada, voltada para a proteção do consumidor, considerado vulnerável.

A revisão é permitida quando existem fatos posteriores a contratação, ao pacto, independente de ter existido ou não a possibilidade de previsão de acontecimentos.

Não se trata, portanto, da cláusula *rebus sic stantibus*, que traz em seu bojo a teoria da imprevisão, que, por sua vez, tem como pressuposto a imprevisibilidade de antever, no ato da assinatura, que determinados acontecimentos futuros poderão ocorrer. Por isso, se alude à imprevisão (NUNES, 2009, p.146-7).

A previsão precisa se referir a fatos passados, precisamente na data do fechamento do negócio, ao passo que na onerosidade o fato é posterior.

Pelo Código de defesa do Consumidor, nem é necessário todo esse percurso, bastando apenas que tenham existido fatos, posteriores à contratação que torne o cumprimento do contrato excessivamente oneroso, pouco interessando se ao tempo do fechamento, as partes poderiam prever tal ocorrência. Basta que, após firmado o contrato aconteça qualquer fato que torne excessivamente oneroso para o consumidor.

VII) conservação dos contratos que está prevista no artigo 6º. V.

A conservação do contrato permitida pela lei significa que existe a possibilidade de rever o contrato e fazer com que ele continue em vigor. Significa dizer que tanto a modificação de cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais (ou pela ocorrência de fatos que tornem excessivamente oneroso o cumprimento do contrato), a pretensão é a de que os contratos sejam preservados com equidade.

VIII) equivalência que está prevista no artigo 4º. III, combinado com o artigo 6º, II¹⁴⁹.

O princípio da equivalência está associado ao da liberdade de escolha, e a igualdade nas contratações, já abordadas alhures.

IX) transparência prevista no artigo 4º, *caput*.¹⁵⁰

Ao se tratar de transparência, está se tratando, diretamente do princípio da confiança (CAVALIERI FILHO, 1999, p.26-7) trazido pelo direito civil, a que Marques¹⁵¹ afirma estar em crise. Tanto que necessita de intervenção estatal, pois se não houvesse qualquer crise, o dirigismo contratual ocuparia o posto de vigilância apenas, diferentemente do que ocorre hodiernamente, quando é chamado a intervir a favor do consumidor, a parte vulnerável.

Pelo princípio da transparência, o fornecedor precisa permitir que o consumidor conheça previamente o produto ou serviço oferecidos, o que resulta em conhecimento prévio do conteúdo. Tal princípio se complementa com o dever de informar (NUNES, 2009, p.127).

X) solidariedade prevista no art. 7º, parágrafo único¹⁵².

Trata-se do princípio da responsabilidade solidária. O consumidor pode escolher a quem acionar¹⁵³, caso aproveite de prejuízo decorrente da relação de consumo.

¹⁴⁹ Art. 4º. A Política Nacional da Relação 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:

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações.

¹⁵⁰ Art. 4º. A Política Nacional da Relação 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:

¹⁵¹ *Passim*.

¹⁵² Art. 7º. Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais de direito, analogia, costumes e equidade.

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

¹⁵³ O direito de escolha do consumidor encontra amparo também no art. 46 do CPC, que trata do litisconsórcio facultativo.

Como se pode notar, a responsabilidade civil na relação consumeirista é objetiva, diferente do regime civil, que traz também a subjetiva.

A partir desses apontamentos rápidos sobre os princípios basilares da formação da relação de consumo, resta ainda a observância da necessidade da presença dos elementos para a efetivação da relação em comento.

São três os elementos¹⁵⁴:

- a) subjetivo: se refere às partes, consumidor e fornecedor¹⁵⁵;
- b) objetivo: se relaciona ao objeto da relação jurídica;
- c) finalístico: traduz a ideia da destinação final do produto.

Então, a relação de consumo poderá ser efetiva (quando existe a efetivação da relação de consumo entre consumidor e fornecedor) ou presumida (que se caracteriza pela simples oferta ou publicidade inserida no mercado de consumo).

Fundamental, portanto, a presença das figuras do fornecedor e do consumidor para vinculação do negócio jurídico consumeirista.

3.3.4 Dirigismo Contratual

A nova teoria contratual consumeirista¹⁵⁶, a exemplo da civil, está pautada na cláusula geral da boa-fé, que também se traduz na pureza da intenção de não causar dano ao outro, em outras palavras, não causar qualquer tipo de lesão. Desta forma, a questão ética está expressa na relação de consumo (MELLO, 1998, p.97).

A autonomia privada impera na seara consumeirista. O estado passou a interferir na liberdade de contratar¹⁵⁷ para proteger o consumidor que é vulnerável e buscar a igualdade. Na esfera civil, a intervenção buscou o equilíbrio, assim como a preocupação em se evitar a lesão.

¹⁵⁴ A mesma classificação é apresentada por NERY JUNIOR (2007, p.506), ao fazer comentários sobre a proteção contratual, no Código de Defesa do Consumidor.

¹⁵⁵ 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.

¹⁵⁶ A teoria inserta no Código de Defesa do Consumidor traz normas protetivas, dentre elas o princípio da boa-fé objetiva a fim de tutelar o alvo central, o contratante, que é a parte vulnerável. Esse é o marco da teoria contratual contemporânea consumeirista (CARVALO, 1998, p.67).

¹⁵⁷ É o dirigismo contratual conferindo aplicação ao princípio da igualdade e determinando a orientação pelo princípio da boa-fé objetiva

O Código de Defesa do Consumidor vem representar normativamente a limitação da vontade¹⁵⁸ dos contratantes, fazendo com que o fornecedor ao disponibilizar o produto ou o serviço, o faça de maneira honesta, clara, de modo a não omitir qualquer detalhe. Com isso, equilibrará a relação permitindo que o consumidor valendo-se da autonomia da vontade, pautada pela autonomia privada, escolha aquilo que melhor lhe aprouver.

O Código de Defesa do Consumidor permite a mudança da relação contratual com a modificação de cláusulas que deixem o consumidor em situação de desvantagem, além de possibilitar mudança de cláusula abusiva. Alcança assim, tanto os contratos individuais quanto os coletivos¹⁵⁹ e os cativos.

A boa-fé e o equilíbrio entre as relações que relacionam consumidores e fornecedores formam os princípios basilares da relação de consumo. Isso leva a transparência da relação consumeirista que também é vista como princípio, já tratado alhures.

Ao determinar que as partes contratem com lealdade, o Código traz também uma visão social do contrato de consumo. Aqui também, a exemplo da esfera civil, encontramos o abandono ao individualismo para dar lugar à função social, que nada mais é do que reflexo direto do preceituado no artigo 170, V, da Constituição Federal.

Ao reconhecer a vulnerabilidade e a hipossuficiência, o Código de Defesa do Consumidor vale-se da autonomia privada para reforçar e validar eficazmente o princípio da isonomia, dando tratamento severo quanto às cláusulas abusivas.

Pode ser observado que tanto no direito civil quanto no consumeirista, a autonomia privada recepciona o comando normativo como forma de preservação do equilíbrio contratual, pautado na confiança. Então, o negócio será eivado de nulidade quando não houver respeito ao equilíbrio contratual estabelecido

¹⁵⁸"O Código de Defesa do Consumidor coloca em destaque a justiça nas contratações (por meio da imposição de regras de conduta) e não permite o pacto manifestamente desproporcional. Neste diploma legal, a autonomia da vontade como elemento indicador da liberdade contratual é tutelada pelo princípio da boa-fé objetiva e da presunção de vulnerabilidade do consumidor" (CARVALO, 1998, p.68).

¹⁵⁹ Não serão abordados os contratos coletivos nas suas particularidades,, nem a forma de controle das cláusulas gerais, nem pela forma abstrata (quando o Ministério Público intervém na relação contratual a fim de mudar cláusula abusiva de formulário padrão, para os consumidores), nem tampouco a concreta, quando o particular reclama diante qualquer órgão de defesa do consumidor e que provoque a atuação do Ministério Público), por não constituírem o foco central deste trabalho.

pela autonomia privada, de modo que o contrato contenha cláusulas que se moldem nas especificações do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor.

Finalmente, com relação à interpretação dos contratos diante da relação de consumo, estabelece o artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor¹⁶⁰ que tal prática deve ser a mais favorável ao consumidor, independentemente de se tratar de contrato de adesão ou não.

Tal prática ocorre por força do disposto no artigo 4º, I, do mesmo código, ao reconhecer que o consumidor é a parte mais fraca e, portanto, essa seria a forma de se dar concretude a isonomia material.

Além do mais, deve atender mais a intenção das partes do que a liberdade de manifestação da vontade¹⁶¹, de modo que nunca se esqueça que a cláusula geral da boa-fé é inafastável do contrato e faz com que a partir da interpretação se extraia o máximo de utilidade possível (NERY JUNIOR, 2007, p.555-7).

Pode ser verificado que os dois sistemas convivem dentro do ordenamento pátrio para permitir a intercomunicação sistêmica, haja vista que ambos estão voltados para o mesmo ponto centralizador, o equilíbrio fundado na confiança.

3.3.5 Código de Defesa do Consumidor como Direito Fundamental - Convivência entre os Códigos Civil e de Defesa do Consumidor

A premissa fundamentalmente importante é a de que o consumidor é o sujeito de direitos fundamentais, por que o Código de Defesa do Consumidor identifica o consumidor como sujeito com direitos especiais que está inserido num grupo de não-iguais vulneráveis. Trata-se, portanto, de direitos fundamentais protegidos pelo Estado (MARQUES, 2006, p.372).

¹⁶⁰Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

¹⁶¹ Cf. art. 112 do Código civil. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nela consubstanciada do que o sentido literal da linguagem. A exemplo do que determina o artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor, já citado.

Para a análise de uma possível convivência¹⁶² entre os dois códigos, é preciso trazer a lume o fato de que a defesa do consumidor constitui direito fundamental trazido nos artigos 5º, inc. XXXII¹⁶³ e 170, V¹⁶⁴ da Constituição Federal.

"Efetivamente o direito do consumidor é direito fundamental, direito humano de nova geração, direito social e econômico positivado na Constituição brasileira (art. 5º, XXXII)" e que está para a pós-modernidade (MARQUES, 2007, p.79).

O renascimento dos direitos humanos na pós-modernidade é marcado pelo pluralismo no direito, que se apresenta com a variedade de leis especiais, voltadas a proteção de agentes e de sujeitos na relação de consumo (JAYME, *apud* NARQUES, 2007, p.79).

Isso justifica a Constituição Federal ter reconhecido esse novo sujeito de direitos, o consumidor, como integrante do sistema constitucional e infraconstitucional brasileiro.

Então, os direitos fundamentais originam as legislações infraconstitucionais, como forma de reconstrução do sistema por meio de uma nova microcodificação dentro do sistema maior.

É assim que o Código de Defesa do Consumidor nasce, com o intuito de proteger o sujeito de direito, o consumidor que é vulnerável, regrando assim as relações entre partes desiguais (MARQUES, 2007, p.82).

O Código Civil é lei básica e não global, é central e feito para disciplinar as relações entre iguais. Aqui reside uma diferença entre ambos os códigos. O consumeirista trata da relação entre desiguais, por isso reforça a equidade com alvo para garantir o equilíbrio da relação contratual.

¹⁶² Essa convivência é vista como diálogo entre as fontes principais do direito privado recebe influência da coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, sob influência e imposição da Constituição Federal. Com isso, a ordem pública consubstanciada pelos direitos fundamentais, a exemplo do direito do consumidor (MARQUES, 2007, p. 62).

¹⁶³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos: XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

¹⁶⁴ 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:

V - defesa do consumidor.

O mencionado código vai tratar dos sujeitos, que a princípio são iguais, porém a desigualdade pode ocorrer na contratação com a ausência da boa-fé.

Nesse momento a autonomia contratual desrespeita a autonomia privada, gera o desequilíbrio na contratação e se estende durante a execução.

O Código de Defesa do Consumidor é expressão de direito fundamental (mencionado alhures), mesmo após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, continuou a disciplinar e garantir direitos ao sujeito de direitos que são vulneráveis, o consumidor. Haja vista que o Código Civil, não adentrou na matéria de consumo (MARQUES, 2007, p.84-5).

O sistema constitucional pretendendo assegurar a dignidade humana determinou que o Estado, fundado na ordem econômica, garantisse, por meio de edição de lei ordinária, a defesa do consumidor¹⁶⁵.

O Código de Defesa do Consumidor constitui, portanto, direito fundamental cuja finalidade precípua é tornar efetivo o princípio da dignidade da pessoa humana, trazida no art. 1º. III, da Constituição Federal.¹⁶⁶

Segundo Marques (2007, p.57), "[...] o sistema do Código de Defesa do Consumidor coaduna-se mais com a pós-modernidade¹⁶⁷ à procura da efetivação dos direitos humanos, direitos dos diferentes, do mais fraco, do consumidor no mercado atual."

Da análise do Código de Defesa do Consumidor, enquanto lei ordinária federal, criada para dar concretude ao direito fundamental da defesa do consumidor, pode se observar que ao se aplicar as normas e princípios deste, estar-se-á concretizando direito fundamental.¹⁶⁸

¹⁶⁵ O consumidor como sujeito de direitos fundamentais, protegido por um código especial, como resultado da nova ordem constitucional existente no mercado, fundado no art. 170 da carta Constitucional, quando trata da ordem econômica, reconhecendo-o como vulnerável (MARQUES, 2007, p. 64).

¹⁶⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana.

¹⁶⁷ A mesma autora denomina de pós-modernidade a nova visão do contrato, que deve resultar da aproximação e união entre a igualdade e a função social. Melhor esclarecendo: para fazer operante a igualdade, é preciso caminhar na esteira da função social (MARQUES, 2007, p. 59).

¹⁶⁸ Por isso o Código de Defesa do Consumidor constitui um subsistema autônomo e ao mesmo tempo interdependente, inserto no sistema constitucional (NUNES, 2009, p. 90).

Podem existir relações civil, comerciais e consumeiristas, neste caso, o aplicador da lei tem que ter uma visão funcional da relação e também do contrato, fazendo garantir o equilíbrio pautado na confiança.

O aplicador deve se concentrar na atividade e não apenas no ato, seja ele de comércio ou de consumo, focando não mais aquele que emite a declaração devontade, mas aquele que a recebe, haja vista que cuida da confiança que deve despertar. Certamente, essa nova visão alcança tanto contratos individuais como em coletivos (MARQUES, 2007, p.58).

Nas relações civis, que tratam de iguais, aplica-se o Código Civil, que está pautado nas diretrizes da eticidade, socialidade e operabilidade, dominadas pelo princípio da boa-fé. Nas relações de consumo, que é relação entre desiguais¹⁶⁹, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor (MARQUES, 2007, p.61), preservada a convivência harmônica dos dois sistemas.

A convivência levará a três tipos de diálogos entre as fontes civil e consumeirista (MARQUES, 2007, p.61):

a) diálogo sistemático de coerência: uma lei pode servir de base conceitual para a outra, especialmente se uma for geral e a outra especial, ou ainda, se uma constitui centro do sistema e a outra um microssistema específico;

b) diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais: pode haver aplicação coordenada das duas leis, uma pode complementar a aplicação da outra, servindo tanto para a aplicação da norma quanto dos princípios;

c) diálogo de influências recíprocas sistemática: um sistema influencia no outro.

A comunicação das duas fontes dentro de um mesmo ordenamento se mostra dependente da Constituição Federal, que traz como alvo principal a manutenção da dignidade da pessoa humana, elevada a princípio.

Toda regra de direito que orbitar no sistema constitucional brasileiro deve obediência direta aos princípios constitucionais, e aqui, no caso, ao da dignidade da pessoa humana.

Advertem Tepedino e Fachin (2008, p.212-6) que é preciso ter cautela ao se aplicar uma regra de direito diante do princípio constitucional, mesmo

¹⁶⁹Por isso justifica a vulnerabilidade do consumidor, a parte mais fraca. Eis a razão da proteção ao consumidor, dada pelo Código.

que se esteja falando de cláusula geral, pois esta não pode e não deve suprimir a primazia do princípio, pois, está inserta no sistema e deve caminhar conforme seu comando.

Ademais, os princípios e os direitos fundamentais incidem¹⁷⁰ diretamente nas relações privadas. Tal aplicação é alcançada com o emprego do processo hermenêutico comprometido com o caráter normativo da constituição. Portanto, para a efetivação do processo hermenêutico é preciso observar a ponderação de valores constitucionalmente protegidos (PEREIRA, *apud* TEPEDINO. FACHIN, 2008, p.205-6).

Ademais, adverte Sarmiento *apud* Tepedino e Fachin (2008, p.212), que os direitos fundamentais irradiam dentro do sistema de modo a se tornarem vetores exegéticos para todas as normas componentes do sistema jurídico.

Esse liame entre o interprete¹⁷¹ e as normas constitucionais demonstra a supremacia da constituição, ou ainda, a coloca no centro do ordenamento que é único, e a ela orbitam os vários sistemas e microssistemas, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor.

Desta forma é que se dará a maior eficácia possível à dignidade da pessoa humana.

O Código de Defesa do Consumidor é expressão de direito fundamental. Então, no caso do contrato de alienação fiduciária de coisa móvel, quando este necessitar da intervenção judicial a primeira questão é a de definir se existe relação de consumo.

Se adotado o posicionamento da corrente maximalista, visando a maior efetividade consumeirista, se contrariará a corrente finalista, que é objetiva. Isto porque, a questão de fundo paira em torno da definição de consumidor.

Porém adotando-se a posição finalista contemplada pelo Código consumeirista, restrita à letra da lei, o contrato de alienação fiduciária, antes mencionada, não se enquadra numa relação de consumo.

¹⁷⁰ Por não ser objeto do estudo proposto, não se abordará a questão da eficácia nas suas formas vertical e horizontal. Apenas ressalta-se que não parece ser o caso de eficácia mediata ou indireta, que necessita de lei ordinária para fazer valer o princípio constitucional. Parece ser o caso da eficácia imediata ou direta que prevê a aplicação dos direitos fundamentais imediatamente, haja vista constituir um valor. Isto por que, seguindo a esteira de TEPEDINO e FACHIN (2008, p. 202-26), os direitos fundamentais incidem diretamente sobre as relações privadas e isso depende de juízo de ponderações.

¹⁷¹ O interprete vai se utilizar da sua discricionariedade e suas escolhas de modo a integrar os princípios, normas abertas e conceitos indeterminados (BARROSO, 2004, p.345-346).

Neste caso, havendo necessidade de socorro ao judiciário, o julgador pode alinhar a sua decisão com espeque no enquadramento consumeirista com expressão de direito fundamental.

O interprete, ao traçar e se utilizar das amarras desta intercomunicação sistêmica, estará indo em busca do bem maior, a manutenção do equilíbrio contratual, mesmo diante da possível lacuna.

Trata-se de caso do dirigismo contratual fundado na aplicabilidade de princípios consumeirista, que tem cunho de direito fundamental.

Caso não haja enquadramento como consumidor, na relação contratual, o Código Civil deverá ser aplicado, pautado na preservação do contrato e valorização da confiança, limitados pela autonomia privada.

Pode ser observado, então, que as fontes vão conviver dentro do mesmo ordenamento, pautados pelo sistema maior, o constitucional que deve ser efetivo, garantindo a dignidade humana por meio do equilíbrio contratual.

Essa convivência permite o diálogo quando se identifica o foco de aplicabilidade, se consumeirista ou eminentemente civil, para que se permita fazer efetivo o equilíbrio contratual.

Apenas se socorre ao judiciário caso haja desenquadramento da realidade fática, que pode ocorrer tanto no momento da elaboração como da execução do contrato, podendo resultar em desequilíbrio da relação assumida pelas partes.

Presente o desequilíbrio, a obrigatoriedade do cumprimento da obrigação contratual poderá ser relativizada. Geralmente é nesse momento que surge, para uma ou ambas as partes, o descontentamento, fato que justifica a intervenção judicial. Cabe então investigar a época da geração do desequilíbrio, se durante a formação ou execução do contrato, para se saber se deve ou não ser suscitada a onerosidade excessiva.

4 ONEROSIDADE EXCESSIVA NO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE COISA MÓVEL

4.1 BREVE APONTAMENTO HISTÓRICO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA

A onerosidade excessiva ocupa destaque na terceira geração da relativização do cumprimento do contrato. Em primeiro lugar, ou geração, surgiu a cláusula *rebus sic stantibus*¹⁷², figurando como predecessor dessa relação inter-familiar da *relativização* dos efeitos das obrigações assumidas contratualmente. Em segundo lugar ou geração, como antecessor, surgiu a teoria da imprevisão, e, por fim, em terceiro lugar ou geração, como sucessor, surge a onerosidade excessiva. Por isso, para tratar desta última, é preciso passar pelo surgimento das gerações antecessoras.

Pela linha do dirigismo contratual no sistema brasileiro, pode-se afirmar que a teoria da imprevisão é forma de manifestação do dirigismo contratual. É o dirigismo produzindo efeitos diretos sobre o direito, relativizando o princípio da intangibilidade do contrato, pois o juiz vai utilizá-lo para manter o equilíbrio rompido por circunstâncias externas e imprevisíveis ao tempo da contratação (BITTAR FILHO, 1988, p.13-5).

A teoria da imprevisão ataca a máxima *pacta sunt servanda*. O faz de duas formas (BITTAR FILHO, 1988, p.15):

a) através da atuação do juiz, e nesse momento tem-se a expressão clara do dirigismo contratual;

b) com intervenção do legislador, criando normas para disciplinar a matéria. Aqui se caracteriza o dirigismo legislativo.

O instituto da onerosidade excessiva encontra sua origem na cláusula *rebus sic stantibus*, prevista no direito da Idade Média, que depois acabou sendo abandonada por muito tempo em razão da tradição jurídica romana de que o contrato comutativo deveria ser rigorosamente cumprido. Esse dever de

¹⁷² O termo constitui abreviação da fórmula *contractus qui tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*. Na tradução de Fonseca *apud* Matiuzo Junior (2002, p. 108) "significa que, nos contratos de trato sucessivo ou a termo, o vínculo obrigatório entende-se subordinado à continuação daquele estado de fato vigente ao tempo da estipulação." Cabe lembrar, a exemplo do que já se afirmara outrora, quando se falou do contrato a *Pacta sunt servanda* traz ínsito no seu bojo a boa-fé cristã, por influência do Direito Canônico, exprimindo a

cumprimento estava expresso pela máxima *pacta sunt servanda* (LEAL, 2003, p.155).

Com isso a situação ambiente deveria ser preservada e inalterada desde o momento da celebração até o da execução.

4.1.1 *Pacta Sunt Servanda e Rebus Sic Stantibus*

Foi no Código de Hammurabi, no seu parágrafo 48 que se teve notícia da imprevisão do cumprimento da obrigação assumida (HESPANHA, 1996, p.36), conforme já se frisou quando foi feito apanhado sobre contrato.

Para a segurança dos negócios jurídicos, sempre se aplicou o princípio da intangibilidade dos contratos, também conhecida como *pacta sunt servanda*. No entanto, tal princípio não é absoluto, podendo ser relativizado, por meio da revisão dos contratos por onerosidade excessiva, que permite às partes se socorrerem do judiciário para alterar a convenção em determinadas situações (GONÇALVES, 2006, p.168-9).

O respeito pelo cumprimento advinha da *pacta sunt servanda* como forma de expressão da equidade trazida pelos romanos, expressada pelos glosadores, sob influência do direito Canônico (SOUZA, 2005, p.359). Esse pregava a boa-fé como princípio pela ideia propagada pelo cristianismo. Desse modo, uma vez assumida a obrigação e estando as partes em equilíbrio o contrato deveria ser cumprido, expressando então, a máxima do cumprimento do pacto.

A partir do momento que a máxima *pacta sunt servanda* ingressou na teoria contratual a *bona fide* passou a fazer parte das obrigações assumidas, haja vista que representava resultado do espírito de equidade que orientava a vontade das partes¹⁷³ (HESPANHA, 1996, p.38).

ideia retidão e que levaria a equidade, por isso era visto como obrigatório o cumprimento do contratado. Eis a razão de se dizer àquela época que o contrato fazia lei entre as parte.

¹⁷³Por isso se atribui aos glosadores medievais o entendimento que atravessou tempos, de que o contrato fazia lei entre as partes. Tudo se deu por conta da boa-fé, cujo cunho era canônico e acabou levando ao equilíbrio do contrato e da relação, trazendo depois, a possibilidade de imprevisão no cumprimento.

"Conforme precária informação histórica, acredita-se que a cláusula aludida tenha sua origem numa criação jurídica medieval, refundida de um trecho de glosa que se atribuía ora a Nerácio, ora ao grande Bártolo. O teor da glosa latina teria sido assim formulado: *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*. [...]

Pelo direito medieval a noção de ética e a justiça comutativa estavam inseridas na noção de contrato daquela época. No entanto, as relações econômicas, políticas e do contrato acabaram progredindo, fato que acabou alterando a cláusula *rebus sic stantibus*.

A queda da monarquia absolutista e a valorização do individualismo e da liberdade acabaram privilegiando a autonomia da vontade, tornando o contrato obrigatório, sem considerar a justiça (LEAL, 2003, p.156).

Era o retorno da prevalência do *pacta sunt servanda* desconsiderando a cláusula *rebus sic stantibus*, que vai apresentar a sua origem na idade média¹⁷⁴. O fundamento dessa cláusula ocorreu com seu aparecimento na execução de situação diversa daquela existente no momento da celebração e que onerasse excessivamente o devedor (GONÇALVES, 2006, p.169).

A teoria foi desenvolvida com o nome de *rebus sic stantibus*. E consistia basicamente na presunção de existência cláusula implícita contendo que a obrigatoriedade do cumprimento não alteraria a situação fática. A regra valia apenas para contratos comutativos, de trato sucessivo e de execução diferida (GONÇALVES, 2006, p.169).

A partir da nova realidade contratual, voltada para o social, a imprevisibilidade, que era trazida pela cláusula *rebus sic stantibus*, passou a ser vista como fator determinante para a solução dos problemas que afeta a nova realidade contratual.

Adverte Venosa (2009, p.454) que o fenômeno da imprevisão não pode ser de cunho subjetivo, tem que ser global, de modo que atinja toda a sociedade e não apenas um sujeito. Em continuação traz o exemplo da guerra, o golpe de Estado, que na sua visão, são totalmente imprevisíveis.

Salienta, ainda, o mesmo autor, que a doutrina não é uníssona quanto a aferição do fenômeno da imprevisão, tanto que existem fundamentos pautados na pressuposição, em que o acontecimento inesperado, imprevisto, não foi previsto pelas partes, provocando o desequilíbrio contratual.

O tradicional princípio do respeito ao *pacta sunt servanda* passou a constituir difícil obstáculo à alteração material dos contratos em face da cláusula *rebus sic stantibus*" (HESPANHA, 1996, p.39).

¹⁷⁴ Em que pese a notícia de que a teoria teria surgido na idade média, por meio das constatações de Neratius, em torno da aplicação da *condictio causa data causa non secuta*, os romanos já a conheciam, embora não a tivessem sistematizado. Foi a partir dessa teoria já existente com os

Existem explicações subjetivas da onerosidade excessiva que enfatizam que a mudança substancial da realidade autoriza a supressão dos efeitos por ele causados.

E ainda, existem explicações objetivas abordando o princípio da reciprocidade ou equivalência das condições a partir do equilíbrio das prestações que deve se prolongar do momento da contratação até o do cumprimento. Por fim, ainda há permissão da revisão em decorrência da função social e económica dos contratos desde que exista desequilíbrio da sociedade (VENOSA, 2009, p.455).

Consoante o dissenso doutrinário, quanto ao fenómeno da imprevisão, necessário se faz a abordagem desde o seu surgimento, para se chegar à onerosidade excessiva.

4.2 TEORIA DA IMPREVISÃO

O surgimento da *cláusula rebus sic stantibus* influenciou inúmeras teorias que procuraram explicar e dar fundamento à revisão contratual. Podem ser destacadas as principais, como a teoria da pressuposição de Windscheid, da base subjetiva do negócio, de Paul Oertmann, assim como a de base subjetiva de Karl Larens. Todas tiveram origem no direito canónico que vinculava as obrigações assumidas a situações fáticas do momento da contratação (BARROS, 2007, p.317-8).

A teoria da pressuposição tinha como ponto central a orientação e autolimitação da vontade declarada, exteriorizada sem que condicionasse a qualquer circunstância (BARROS, 2007, p.318).

A teoria de base subjetiva do negócio consistia na manifestação mental que cada parte emitia, no momento da concretização do negócio, conhecida e não repudiada. Em outras palavras, era a previsão de possível mudança sem questionamento (BARROS, 2007, p.318).

Pela teoria de base objetiva importava o conjunto de fatores que mesmo não previstos interferiam no resultado do negócio (BARROS, 2007, p.318).

Por esse critério objetivo se encontra a onerosidade excessiva que possibilita a revisão do contrato.

romanos que mais tarde daria vida a onerosidade excessiva, inclusive com previsão no Código de Hamurabi (GONÇALVES, 2006, p.169).

Então, a teoria da imprevisão foi uma forma de reação à imutabilidade dos contratos e seus efeitos. Inicialmente, a teoria se desenvolve como cláusula *rebus sic stantibus*, e depois de longo tempo de esquecimento, ressurgiu como teoria da imprevisão¹⁷⁵.

O objetivo da teoria da imprevisão era o abrandamento da aplicação do princípio da *pacta sunt servanda* quando houvesse alteração brusca das situações da época da contratação. A finalidade era a de proteger uma das partes quando fosse impossível o cumprimento da obrigação assumida, mas, desde que tivesse havido brusca alteração da situação inicial da época da contratação (AZEVEDO, 2004, p.33).

Passado o século XIX, marcado pelo individualismo, o contrato passou a ter uma nova visão, qual seja, o cumprimento da avença a que as partes se vincularam, algumas vezes não poderia ser cumprida devido a situações extremas. Isto para não levar uma das partes a extrema injustiça a ponto de enriquecer em detrimento do outro.

Outra finalidade dessa nova visão era evitar a lesão e de estabelecer a equidade. Com isso despertou a onerosidade excessiva. Assim "acordou de seu sono milenar um velho instituto que a desenvoltura individualista havia relegado ao abandono, elaborando então a tese da *resolução do contrato em razão da onerosidade excessiva da prestação*" (PEREIRA, 2010, p.162).

Assim foi que a cláusula reapareceu como teoria da imprevisão (AZEVEDO, 2004, p.33), fazendo revigorar o instituto, renovando o pensamento medieval. Passou-se, então, a entender que o estado de fato da época da contratação poderia diferir do período da execução do contrato, devido a imprevisões econômicas que alcançassem as prestações. Fato que não era admitido no medievo (HESPANHA, 1996, p.50).

Sustenta Fonseca (1958, p.78-81) que tanto a doutrina como a jurisprudência da época reconheciam a possibilidade de revisão do contrato, quando houvesse acontecimento imprevisto e se aplicasse a teoria da imprevisão.

¹⁷⁵ Assevera Serpa Lopes (1996, p. 44) que da equiparação do contrato à lei nasceu a princípio *pacta sunt servanda*. Modernamente tal princípio não se mostra mais absoluto, em face do princípio *rebus sic stantibus* ou teoria da imprevisão, que permite ao juiz rever o contrato.

O descrédito da teoria acabou vindo à tona no fim do século XVIII, e uma das principais razões foi o surgimento da Escola da Exegese¹⁷⁶, na França, e da Escola Histórica do Direito¹⁷⁷, na Alemanha, que não aceitavam a corrente jusfilosófica do direito natural (SOUZA, 2005, p.358).

No início do século XX, com o declínio das escolas histórica e de Exegese, houve o resgate da cláusula *rebus sic stantibus* que foi desenvolvida após a primeira guerra por Krüggamnn e Locher. Era também o retorno da ciência do direito na Alemanha (SOUZA, 2005, p.360).

Adverte Azevedo (2004, p.34) que a teoria da imprevisão traz a onerosidade excessiva, de modo que, pelo artigo 478 do Código Civil, mesmo que os contratantes não tenham feito expressa previsão da cláusula¹⁷⁸ no contrato, ela existe. Isto por força da doutrina e da jurisprudência, que autorizam a sua aplicação mediante três fundamentos:

a) a alteração radical do contrato decorrente de acontecimentos imprevistos e imprevisíveis (álea extraordinária), em seguida traz a passagens dos tribunais, estes não admitem a aplicação quando se tratar de ocorrência da inflação, sob o argumento de que embora cause prejuízo, é previsível.

Para o autor, o artigo 478 já nasceu inaplicável, pois peca por exigir que sejam imprevisíveis os acontecimentos. Assim, o autor propôs que seja eliminado o vocábulo imprevisíveis. Isto por que o direito não comporta enriquecimento sem causa, independentemente da sua razão. Ademais, a manutenção do vocábulo modifica a regra justinianéia, para a qual basta que haja o desequilíbrio contratual para justificar a resolução (AZEVEDO, 2004, p.34).

b) necessidade de existência de enriquecimento, prejuízo, inesperado e injusto para apenas uma das partes. Mesmo tendo havido prejuízo o STJ, em 25 de junho de 1991, por votação unânime entendeu que o enriquecimento

¹⁷⁶ A escola da exegese surgiu concomitante ao liberalismo econômico pós-revolucionário, cuja preocupação central era o resguardo dos interesses burgueses, preservando, a qualquer custo o princípio a segurança jurídica e aprisionando magistrados aos limites da extrema legalidade, marcado pela interpretação gramatical. Assim qualquer outra construção teórica era repudiada. Com isso a clausula *rebus sic stantibus* sofreu duro golpe (SOUZA, 2005, p. 359).

¹⁷⁷ Essa escola denominada de histórica do direito foi marcado pela atuação dos pandectas que buscavam um novo fundamento para o direito fundado nas instituições históricas pautada nos costumes. Os pandectistas estavam preocupados em estabelecer uma correlação entre a lei romana e os costumes locais, passando a usar o uso moderno pandectista. Assim, esqueciam do Direito Natural e junto com esse esquecimento foi a cláusula *rebus sic stantibus*.

¹⁷⁸ Tal cláusula renasceu como teoria da imprevisão.

tem que ser indevido, injustificável, e que resulte em empobrecimento sensível para um dos contratantes (AZEVEDO, 2004, p.38).

c) e como último, a onerosidade excessiva. Esta deve tornar insuportável a execução do contrato.

Ensina Azevedo (2004, p.38-9) que a ocorrência da onerosidade excessiva é o único elemento a ser considerado, de modo que deve ser abandonado os dois primeiros acima expostos, pois para o autor, é melhor a utilização da onerosidade fora do alcance da teoria da imprevisão.

No entendimento do mesmo autor, para aplicar a teoria da imprevisão é imprescindível a existência dos três pressupostos acima. No entanto, a onerosidade se refere a execução do contrato, portanto, mede objetivamente o desequilíbrio no contrato, que provoca à impossibilidade do seu cumprimento.

Azevedo (2004, p.40) tece críticas aos artigos 478 a 480 do Código Civil, enfatizando que a teoria da imprevisão deve ser aplicada com os requisitos acima explicitados. No entanto, a onerosidade excessiva dispensa tais requisitos em decorrência de mensurar objetivamente o desequilíbrio do contrato e consequente insuportabilidade do cumprimento. Para ele, deveria haver inversão dos artigos, haja vista que o artigo 480 traz posição justinianéia quanto à formação do contrato. Assim, qualquer uma das partes poderá pleitear a redução ou alteração do modo de execução, evitando assim a onerosidade excessiva, cuja finalidade é exatamente evitar a lesão.

Eis a razão por que Azevedo propõe a eliminação do vocábulo imprevisível. Outro argumento por ele apresentado é o de que para a caracterização da onerosidade excessiva, basta apenas que, para uma das partes seja insuportável a execução contratual.

4.2.1 Teoria da Imprevisão no Direito Alemão

No final do século XIX e início do século XX, a Europa registrou movimentos de juristas, ao mesmo tempo cientistas do direito privado defendiam a aplicação da cláusula da imprevisibilidade.

Era o retorno da cláusula *rebus sic stantibus* após o fim da primeira guerra¹⁷⁹.

O Código Civil alemão, em seu parágrafo 242, previa que se a obrigação estivesse de acordo com a boa-fé, o devedor deveria cumprir a obrigação, por exigência da própria boa-fé, e em atenção aos usos e costumes. Como se observa a teoria da imprevisão não foi conscientemente acolhida pelo Código, haja vista que a base negocial deveria ser respeitada, de modo que, caso quisessem alterar a obrigação, teriam que alterar e adequar a base negocial às novas realidades sociais (HESPANHA, 1996, p.50-1).

Quando o caso chegava aos tribunais alemães, estes acabavam reconhecendo uma interpretação construtiva para que pudessem rever o contrato, pois o parágrafo 242 não havia albergado a teoria da imprevisão (WESTERMANN *apud* HESPANHA, 1996, P.51). No entanto, tal prática somente acontecia quando reconheciam ter havido lealdade e confiança em obediência aos usos e costumes. Era a teoria da imprevisão começando a se fixar.

Devido à construção jurisprudencial, acabou-se extraído do art. 242 do BGB, o princípio da teoria da imprevisão, com isso, equiparava-se a onerosidade excessiva à impossibilidade de cumprimento de uma obrigação. Era a impossibilidade subjetiva de caráter econômico da onerosidade excessiva aceita como causa de modificação do contrato (LEAL, 2003, p.157).

Kaufmann tratou da doutrina da cláusula *rebus sic stantibus* voltada para o direito público, resgatou-a trazendo uma condição objetiva e não mais a vontade. Assim, pela nova visão, a variação de certas circunstâncias existentes no momento em que se celebrasse o negócio jurídico, mesmo que imprevisíveis, seria irrelevante quando não se colocasse as partes em perigo. Era o início do avanço da teoria da base do negócio jurídico (SOUZA, 2005, p.364-5).

¹⁷⁹ Nessa época, meados do século XIX, surgiu também a teoria da pressuposição defendida por Windscheid. A teoria representava duro golpe a intangibilidade dos contratos. "Consistia a teoria do ilustre pandectista alemão no fato de o contratante, no momento da celebração de determinado negócio jurídico, ter a certeza subjetiva de que determinado fato ocorreu ou ocorrerá ou quando determinada situação fática permanecerá no futuro, lastreando sua vontade negocial na convicção destes fatos. Sendo que a ausência desta certeza subjetiva inibiria a celebração do negócio" (SOUZA, 2005, p. 361).

A teoria de Windscheid chegou a ser aceita no 1º. Projeto do Código Civil Alemão mesmo sob as duras críticas de Lenel, pois para ele não havia distinção entre pressuposição e motivo.

Após o declínio da Escola da Exegese e histórica, ressurgiu a cláusula *rebus sic stantibus* pouco antes da primeira guerra, com Kaufmann, embora estivesse mais voltado ao direito público.

Após a primeira guerra, a teoria retorna definitivamente, com Krüggmann e Locher desenvolvendo a doutrina da cláusula *rebus sic stantibus*.

Para Larenz (2002, p.34-7), a base subjetiva do negócio consistia na representação mental das partes que influencia de maneira decisiva na formação do negócio. Nessa visão, incorpora-se a teoria da pressuposição de Windscheid e a base do negócio de cunho subjetivo, psicológico de Ortemann (SOUZA, 2005, p. 367; BARROS, 2007, p.317-9).

Vindo à atualidade, haverá quebra da base objetiva do negócio sempre que houver destruição da equivalência das partes.

Adverte SOUZA (2005, p.367) que pelos institutos brasileiros do estado de perigo, lesão e resolução do contrato por onerosidade excessiva, se observa severo rompimento das prestações, portanto provocam a quebra da base negocial objetiva.

4.2.2 Teoria da Imprevisão na França - Lei *Failliot*

A teoria da imprevisão surge na França pela lei *Failliot* como legislação de guerra e assegura imensa liberdade dos contratantes na execução e extinção do contrato (PLANIOL; RIPERT, 1946, p.556). A mencionada lei apenas aperfeiçoou o clássico conteúdo da cláusula *rebus sic stantibus* (HESPANA, 1996, p.52).

Os conflitos bélicos denominados de primeira guerra mundial, que perdurou de 1914 a 1918, geraram dificuldades financeiras pelo mundo, afetando o cumprimento das obrigações na França.

A Lei *Failliot* fez ressurgir a cláusula *rebus sic stantibus*, devido a instabilidade gerada pela primeira guerra mundial, a fim de resgatar o equilíbrio¹⁸⁰ econômico e financeiro dos contratos (MATTIUZO JUNIOR, 2002, p.108).

¹⁸⁰ Tal equilíbrio se referia especificamente a caso a compra e venda de carvão que, após a guerra, tiveram seus preços disparados. Entendeu-se não ser justo obrigar o fornecedor de carvão a entregar o produto contratado antes da guerra, ao preço que se praticara e não o que se encontrara naquele momento conturbado.

Com isso, em 1918, foi promulgada a lei *Failliot* que serviu para fundamentar a teoria da imprevisão nos julgamentos franceses. A lei permitia que aqueles que se vissem forçados a comprar ou vender, pagar ou receber em condições prejudiciais, poderiam pedir a resolução do contrato.

A mencionada lei previa que todos os contratos que tivessem sido firmados entre 1914 e 1918, isto é, período da guerra, e que as obrigações deles decorrentes causasse prejuízo a qualquer das partes, poderiam os contratantes ou os aplicadores extinguir ou rever o contrato (BESSONE, 1987, p.31-2).

Somente seria cabível tal medida se ficasse comprovada a excessiva onerosidade das prestações ou a total imprevisibilidade do pagamento em decorrência da destruição do imóvel decorrente da guerra (HESPANHA, 1996, p.52).

A Lei *Failliot* resolveu situações económicas insustentáveis para evitar verdadeiras catástrofes tanto no campo financeiro como com relação ao património das partes.

A economia mundial foi afetada pela primeira grande guerra mundial, permitindo o ressurgimento da ideia de readmitir a relativização dos efeitos do contrato, até então pregada pela cláusula *rebus sic stantibus*. Foi a época do surgimento da teoria revisionista.

4.2.3 Teoria da Imprevisão no Direito Inglês

No direito inglês, surgiu então a intitulada *frustration of adventure*. Nos Estados Unidos, o *restatement of the law*, embora repelissem a teoria revisionista, acolham como regra de interpretação (MATTIUZO JUNIOR, 2002, p.109).

4.2.4 Teoria da Imprevisão no Direito Italiano

O Código Civil italiano¹⁸¹, em 1942, acolheu expressamente a teoria da imprevisão ao tratar dos direitos e das obrigações; o fez sob a denominação expressa de excessiva onerosidade (HESPANHA, 1996, p.52), prevendo a

¹⁸¹ O artigo 1.467 regulou prestações recíprocas. O artigo 1.468 tratou do contrato com obrigação de uma só parte. O artigo 1.469 cuidou da inaplicabilidade a contratos aleatórios. Todos eles incorporaram a teoria da imprevisão (HESPANHA, 1996, p. 52).

resolução do contrato por onerosidade excessiva quando houvesse imprevisibilidade (LEAL, 2003, p.157).

Pelo Código Civil Italiano, havendo acontecimento extraordinário e imprevisto, de modo a tornar a prestação excessivamente onerosa, poderia a parte que devesse tais prestações pedir a resolução do contrato. Portanto, não caberia tal solução se houvesse onerosidade decorrente da álea normal do contrato.

Acrescenta ainda aquela norma que a parte poderá evitar a resolução se oferecer condições equitativas, haja vista que o Código traz "referência expressa a equidade como princípio adequado à interpretação prática da teoria da imprevisão" (HESPANHA, 1996, p.53).

O que o Código buscou foi a manutenção do custo inicial da prestação como forma de representar a equidade e a cooperação que deve existir entre as partes e no risco normal do contrato (BETTI, 1953, p.199).

4.2.5 Teoria da Imprevisão no Direito Brasileiro

O Código Napoleônico fez previsão expressa¹⁸² da força obrigatória do contrato. Certamente, o código serviu de inspiração para inúmeros países, dentre eles o Brasil, no Código Civil de 1916¹⁸³, que não continha a relativização dos efeitos do contrato, posto pela cláusula *rebus sic stantibus*.

O Brasil vivia um momento de despreocupação com a imprevisibilidade das obrigações, pois o foco da época (isto é, 1916) era a unificação do direito privado, na qual o Código Civil se apresentava como uma codificação para

¹⁸² No artigo 1.134 do Código de Napoleão.

Art.1134 - *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que La loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi*" (FERREIRA, 1988, p. 158)

¹⁸³ Pelo Código Civil de 1916, no Brasil não havia previsão da cláusula *rebus sic stantibus*, que acabou sendo introduzida depois devido a doutrina e jurisprudência, que viam outra finalidade no contrato e que precisava ser tutelada, privilegiando os interesses individuais e sociais. Isso se dava por meio do dirigismo contratual, era o juiz intervindo e decidindo o futuro da relação contratual. Encontrava-se claramente dois contra-pesos, de um lado a liberdade contratual absoluta e de outro a autonomia da vontade.

Progredindo, o Código Civil de 2002 trouxe expressa menção à onerosidade excessiva, prevista no artigo 478, como causa de resolução ou modificação de contratos. Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimento extraordinário e imprevisível, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.

a vida¹⁸⁴. Não existia a preocupação de criar a lei que serviria de instrumento de orientação social (MIRANDA, 1981, p.87).

O Código nasceu para viver num mundo de economia estável e sem maiores complicações ou imprevisibilidades na seara dos contratos, pois imperava o lema do liberalismo francês *laissez-faire, laissez-passer* (HESPANHA, 1996, p.58).

Portanto, desconhecia o problema social da teoria da imprevisão dos contratos. Mas tratou da responsabilidade civil. Assim, caso ocorressem prejuízos decorrentes da relação contratual, o problema seria passível de indenização.

Estava caracterizada a força da economia de mercado, com o Código de 1916, pois embora não se tratasse da teoria da imprevisão, caso ocorressem danos às partes, durante a sua execução, o devedor assumia a posição do mais fraco e ao credor assumira a responsabilidade objetiva (HESPANHA, 1996, p.58-9).

Apenas os contratos por tempo indeterminado, os de garantia de coisa incerta e os aleatórios podiam admitir, excepcionalmente, a possibilidade de imprevisão. "Com segurança jurídica, pode-se afirmar que o sistema do Código Civil reconheceu a teoria da imprevisão apenas para admitir isoladamente medidas de emergência em situações igualmente de emergência" (HESPANHA, 1996, p.59).

A crise política de 1930, fez emergir o problema social dos contratos, naquele momento surgia a necessidade da interpretação dos contratos pautados na teoria da imprevisão.

Em 1931, foi editado o decreto 19.573/31 que, pela primeira vez, no Brasil, regulava a "cláusula *rebus sic stantibus*, relativamente a bens imóveis pertencentes a funcionários públicos ou militares que haviam tido seus vencimentos cortados ou modificados pela Revolução de 1930" (HESPANHA, 1996, p.59).

O mencionado decreto tinha uma característica fundamental: para que fosse aplicada a teoria da imprevisão era indispensável à ocorrência da excessiva onerosidade nas prestações.

Na visão de Fonseca (1958, p.42), o reconhecimento da teoria da imprevisão implica na existência de fatos imprevisíveis da lei, seja por ignorância

¹⁸⁴O código de 1916 se preocupava mais com o círculo individual e social da família patriarcal do que com os ciclos sociais e coletivos.(MIRANDA, 1981, p. 443), por isso foi vista como codificação liberal baseado na ideologia do liberalismo francês, por isso privilegiou classes média e alta suprimindo as inferiores (WALD, 1994, p. 205-11).

científica ou jurídica. Nesse aspecto parece ter vinculado a mencionada teoria da imprevisão aos motivos de força maior ou caso fortuito.

No entanto, Hespanha (1996, p.59) discorda de tal posicionamento, sob o fundamento de que a teoria da imprevisão, força maior e caso fortuito são institutos completamente diferentes. Caso fossem iguais ou se confundissem, não haveria razão para a exigência do cumprimento das obrigações "decorrentes da *clausula rebis sic stantibus*: teoria da imprevisão contemporânea."

Continua o autor:

Após a edição do decreto 19573/31, surgiram, no sistema legislativo brasileiro, sucessivos diplomas normativos de natureza pública e privada, impondo limitações à livre autonomia da vontade dos contratantes e permitindo às partes recorrer à teoria da imprevisão (HESPANHA, 1996, p.59).

Em 1934 sobreveio o decreto 24150/34, que tratava da lei de Luvas, e no seu artigo 31 estabelecia a possibilidade de revisão de contratos sobre imóveis com finalidade comercial e industrial, desde que houvesse modificação da situação econômica dos prédios locados. Depois, na própria lei do inquilinato residencial, havia a permissão de reajustamento de alugueis, fundado na justiça equitativa (HESPANHA, 1996, p.60).

O Código de Defesa do Consumidor¹⁸⁵, através da lei 8.079/90 trouxe a previsão da imprevisibilidade, fundado na equidade das partes. Registrou então um avanço nas relações de consumo, a exemplo do art. 6º que permite a revisão do contrato quando nele houver prestações desproporcionais mediante a ocorrência de fatos supervenientes¹⁸⁶ e que causem onerosidade ao consumidor¹⁸⁷.

Depois da previsão no Código de Defesa do consumidor, o Código Civil de 2002 trouxe expressa menção a resolução por onerosidade excessiva, nos artigos 478 a 480, fazendo reviver a cláusula *rebus sic stantibus*, adequada a nova realidade social (DINIZ, 2004, p.162).

¹⁸⁵ Já tratado, outrora, como direito fundamental.

¹⁸⁶ Há posição contrária à tese de que o fato precisa ser superveniente. Para essa teoria, seguida por MARQUES (1998, p.413), basta que haja a onerosidade excessiva.

¹⁸⁷ Importante deixar patente que aqui cabe novo recorte epistemológico, pois não se debruçará sobre o tema da imprevisão na seara do direito público, por sair do eixo temático. Porém cabe fazer apenas uma rápida alusão que no âmbito da administração pública a aplicação da imprevisibilidade tem sido corrente e de longa data, por meio de legislações especiais voltadas para a prestação de serviços, com reajustamento das prestações, por conta da mudança do poder aquisitivo.

Basta que fique comprovada a modificação profunda nas condições de execução em relação ao momento da celebração, de modo a gerar o desequilíbrio entre as partes, para a sua aplicação (PERREIRA, 2010, p.165).

Como pode ser observado, o fenômeno da onerosidade excessiva aparece, contemporaneamente, atendendo à necessidade social com outro nome, o que outrora se apresentava como cláusula *rebus sic stantibus*, ou teoria da imprevisão (GAGLIANO, 2005, p.45).

Cabe indagar se o Código Civil trouxe a teoria da imprevisão ou onerosidade excessiva no negócio jurídico. E também a possibilidade de se caracterizar a teoria da imprevisão e a onerosidade excessiva, assim como a aplicação do teor dos artigos 478 a 480 do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor.

4.3 CARACTERIZAÇÃO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NO CÓDIGO CIVIL -ARTIGO 478

Tanto no anteprojeto¹⁸⁸, no projeto¹⁸⁹ do Código Civil contemporâneo, como na doutrina, fica expressa a teoria da imprevisão fundada em uma visão de cunho eminentemente social e tripartite:

- a) ocorrência da onerosidade excessiva das prestações;
- b) a revisão contratual;
- c) solução do contrato por equidade.

Assim, pode-se dizer que a teoria da imprevisão constitui verdadeiro freio aos abusos econômicos, além de ser fonte de humanização dos contratos. Isto porque, na contemporaneidade não existe mais lugar a pura e simples aplicação do texto normativo. Atualmente, o que tem lugar é a aplicação da teoria em comento, valendo-se do comando legal, como ponto de partida ou de chegada, levado pela esteira interpretativa da hermenêutica (MELLO, 1988, p.25; HESPANHA, 1996, p.63-5).

¹⁸⁸Este, no seu "art. 322, acolheu *expressis verbis* a teoria da imprevisão porque os seus autores entenderam tratar-se de uma conquista definitiva do Direito Privado contemporâneo, em que se fazia necessária a preservação dos contratos comutativos de execução retardada" (HESPANHA, 1996, p.61).

¹⁸⁹"O projeto do Código Civil, nos artigos 474 a 476, regula o reajustamento e a resolução dos contratos à semelhança do que ocorreu no estatuto civil Italiano. A onerosidade excessiva, em razão de acontecimentos imprevisíveis, exige que se avalie de forma equitativa a alteração contratual pelas próprias partes, a resolução ou a revisão pela via judicial (HESPANHA, 1996, p.61).

Pelo teor do artigo 478 do Código Civil, para a caracterização da onerosidade excessiva, é necessário que exista prestação excessivamente onerosa, extrema vantagem, acontecimento extraordinário e imprevisível.

Em análise dos itens taxativos do artigo em comento, nota-se que existe claro exagero e redundância dos termos, dificultando a caracterização, podendo colocar em risco a efetividade do instituto.

Com isso o instituto que surgiu para restabelecer o equilíbrio, acabará gerando desequilíbrio acentuado, ferindo a equidade contratual, a fim de evitar a lesão.

Cabe lembrar que a lesão deve ser evitada. Era a preocupação que veio dos romanos e se fixa na contemporaneidade, materializada pela permissão da revisão das cláusulas contratuais com o fim de adequar as obrigações às condições das partes, fundado nas cláusulas gerais e nos conceitos legais indeterminados.

Ao ser evitada a lesão se buscava o equilíbrio. Tal pretensão encontrava amparo nas regras justinianas. Hodiernamente a proteção está expressa nos Códigos Civil e de Defesa do Consumidor, quando preveem a possibilidade de adequação do contrato e seu cumprimento, fundado na boa-fé, respeitado a função social.

O Código Consumista também tem a mesma base, prima pelo equilíbrio trazendo a proibição das cláusulas abusivas insculpidas no artigo 51.

Ao se aplicar a teoria da imprevisão deve-se buscar a ocorrência da onerosidade excessiva. Deste modo, estará se garantindo a equidade, que é o fundamento da vontade construtiva do negócio jurídico, de modo a assegurar o justo e comum entre as partes, sem prejuízo aos direitos sociais, coletivos e individuais.

Para Leal (1998, p.164) não existe necessidade de todos os requisitos, trazidos no artigo 478 do Código Civil, basta a ocorrência da onerosidade excessiva.

Sustenta Tartuce (2010, p.248) que exigir um fato imprevisível e extraordinário, como está previsto no artigo 480, é praticamente impossível à sua incidência.

Nesse sentido, encontra-se o Enunciado 175 do Conselho da Justiça Federal, na III Jornada de Direito Civil em 2004: "A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no artigo 478 do Código Civil, deve ser interpretada não

somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às conseqüências que ele produz" (TARTUCE, 2010, p.248).

Existem ainda os enunciados 365e 366¹⁹⁰ que tratam dos elementos inseridos pelo Código Civil, no artigo 478. Após analisá-los, é observado que tornam inviável a efetividade da onerosidade excessiva de acordo com o Código Civil.

Portanto, necessário se faz a prova do desequilíbrio entre as partes e a equidade, que ao final, evitará a lesão¹⁹¹.

O Código Civil de 2002 acolheu a teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva, tanto que Azevedo (2006, p.22), em palestra no seminário realizado pela Câmara Federal dos Deputados, em quatro de junho de 2002, acerca do novo Código Civil, alertou sobre a necessidade de se fazer revisão no teor no artigo 478 do Código Civil a fim de eliminar o termo "imprevisíveis".

A justificativa do autor era a de que, na sua visão, basta que ocorra o desequilíbrio econômico do contrato para justificar a modificação ou resolução do contrato fundado na onerosidade excessiva.

Quando o caso apresentar acontecimento que dificulte o cumprimento da execução da obrigação, capaz de mudar a possibilidade de continuidade do cumprimento das prestações, poderá ser aplicada a onerosidade excessiva. O fato, portanto, não poderá estar adstrito à álea normal do negócio jurídico concretizado.

Para Azevedo (2004, p.38-41) que se funda na posição justinianéia, a onerosidade excessiva deve ser aplicada apenas com a verificação da insuportabilidade da execução contratual, a fim de evitar a lesão.

Do teor do artigo 478, deflui-se que o contrato nasce equilibrado, por isso deve-se aplicar a teoria da imprevisão. Porém, havendo desequilíbrio tendo sido ou não previsto, após o nascimento do contrato, em qualquer época futura, aplica-se

¹⁹⁰Enunciado 365: A vantagem extrema do art.478 deve ser interpretada como elemento acidental da alteração de circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena.

Enunciado 366: O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação.

Enunciado 367: Em observância ao princípio da conservação do contrato, nas ações que tenham por objeto a resolução do pacto por excessiva onerosidade, pode o juiz modificá-lo equitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada a sua vontade e observado o contraditório.

¹⁹¹Sustenta Azevedo (2004, p.39-41) que a lesão é instituto provindo de Justiniano. Portanto, para

por analogia o teor do artigo 480 que traz a posição justinianéia (AZEVEDO, 2004, p.38-41).

Então, pouco importa que a ocorrência do desequilíbrio não tenha sido prevista, o que deve se evitar é a lesão, fazendo valer o entendimento mais seguro e objetivo do direito romano (AZEVEDO, 2004, p. 40-41).

Não se pode confundir a onerosidade excessiva com o caso fortuito, que se refere ao acontecimento totalmente imprevisível, nem com a força maior, que se refere ao acontecimento previsível, mas inevitável (TARTUCE, 2010, p.245).

Certamente que, ocorrendo a onerosidade excessiva, a parte prejudicada poderá requerer a revisão judicial do contrato. Nesse passo, encontra-se a efetivação da autonomia da vontade como instrumento norteador do equilíbrio contratual, em que pese o teor do artigo 480 determinar a resolução.

Aqui o julgador se vale da aplicabilidade das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados para estabelecer ou restabelecer o equilíbrio contratual¹⁹². É o caso típico do dirigismo contratual para assegurar a função social e a manutenção do contrato, outrora trabalhado.

Para Zanetti (2008, p. 211), a onerosidade excessiva se apresenta de maneira direta e indireta. Na primeira, a onerosidade ocorre quando existir um evento que provoque a onerosidade excessiva para o contratante, fornecedor da coisa. Na última, a onerosidade excessiva ocorre quando existir desproporção no valor da prestação, devido ao aviltamento do preço base do negócio, ou seja, quando por alguma situação, os valores de custo daquele que fornece reduzirem sem que tal redução seja repassada àquele que deve pagar o valor.

Para o mesmo autor, quando houver qualquer desproporção e desde que leve ao desequilíbrio, as partes terão duas opções à disposição: 1) a primeira é o pedido de resolução fundado no artigo 478; e 2) a segunda, a revisão judicial do contrato fundado no artigo 317¹⁹³ (ZANETTI, 2008, p. 222). Isto porque o foco

que ocorra, bastaria apenas a ocorrência entre o prejuízo e desequilíbrio nas prestações, deveria ser restabelecido a igualdade entre os contratantes, isto por que havendo agravamento unilateral da prestação para uma das partes, a obrigação tornar-se-á excessivamente onerosa.

¹⁹² Nesse mesmo sentido encontra-se a posição de Gonçalves (2006, p.32) que sustenta a utilidade das cláusulas gerais na revisão do contrato, posto que a finalidade precípua é evitar a lesão e o desvirtuamento da finalidade social do contrato.

¹⁹³ O próprio autor comenta que interpretando o artigo 478 juntamente com o princípio da conservação do negócio jurídico, se chega ao mesmo resultado da aplicação do artigo 317, qual seja, ao invés da resolução, a simples revisão.

central é o equilíbrio contratual, fundado na função social, a fim de não frustrar a finalidade contratual (GONÇALVES, 2006, p. 32).

Azevedo (2004, p.40-2) tece críticas quanto à utilização dos termos imprevisibilidade e extraordinário, enfatizando que um leva ao outro. Esclarece ainda que existe diferença entre lesão e onerosidade excessiva. Aquela trata da igualdadesubstancial das prestações entre os contratantes, ao passo que esta trata da preservação da relação entre a prestação e contraprestação estabelecida entre as partes e que pode mudar devido fatos que cause desproporção (ZANETTI, 2008, p. 226).

A manutenção do contrato, ao invés da sua resolução, fundado no princípio da conservação do negócio jurídico¹⁹⁴ preserva a vontade contratual da partes. Assim, parece ser mais acertada a adequação do contrato à nova realidade, após a ocorrência de fato que motive a intervenção judicial fundada na onerosidade excessiva.

Assevera Barros (2007, p.319) que hodiernamente alguns juristas tem sustentado que o fundamento da revisão contratual não está atrelado a ideia do elemento subjetivo, a imprevisão, mas no objetivo, a onerosidade excessiva, que ganhou relevância e força após o Código de Defesa do Consumidor, haja vista que este não exige que o fato causador do desequilíbrio seja extraordinário nem imprevisível.

Assim, seria necessário apenas um acontecimento superveniente a contratação capaz de levar ao desequilíbrio (durante a execução do contrato), para justificar a aplicação da onerosidade excessiva contemplada no artigo 478 do Código Civil (AZEVEDO, 2004, p.38-41; BARROS, 2007, p.319; LEAL, 1998, p.164).

Neste caso, o poder hermenêutico do juiz permeará as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados para identificar e definir a função social, a boa-fé objetiva além da definição e alcance da onerosidade.

Deverá ainda, em respeito à manutenção da relação contratual, observar, e se for o caso, determinar a adequação das prestações, ao invés da resolução. Isto se dará após a análise conjugada dos artigos 317, 478, 479 e 480.

¹⁹⁴No tocante ao princípio da preservação do negócio jurídico, especificamente o contrato, não deve haver resolução do contrato, quando presente o adimplemento substancial. Com isto estará se preservando o contrato, e a aplicação da proporcionalidade.

Para justificar a o reconhecimento e a aplicação da onerosidade excessiva é necessário qualquer acontecimento que gere o desequilíbrio sem, no entanto, haver a necessidade de extrema vantagem e que o acontecimento seja extraordinário e imprevisível. Desta forma, o desequilíbrio contratual, tem a finalidade de preservar a função social do contrato, para não frustrar a finalidade contratual¹⁹⁵.

No tocante à ausência de necessidade da caracterização dos requisitos em comento, o Código de Defesa do Consumidor previu em seu artigo 6º. V, a simples ocorrência da excessiva onerosidade, sem exigir outros requisitos, como o fez o Código Civil.

Então, nesse momento é possível trazer à baila as seguintes situações:

a) o Código de Defesa do Consumidor, que é expressão de direito fundamental, trouxe a onerosidade excessiva a fim de preservar o equilíbrio e a função social;

b) somente em 2002, o Código Civil contemplou a previsão da onerosidade excessiva, acrescido de novos termos (extrema vantagem e acontecimento extraordinário e imprevisível) que dificultam a sua caracterização;

c) e por fim, a pretensão é manter o equilíbrio contratual, para a efetivação da justiça a fim de evitar lesão.

Então, o Código Civil, que é lei ordinária, criou outros elementos, que além da redundância, dificultam a aplicação da onerosidade excessiva. Haja vista que o Código de Defesa do Consumidor é expressão de direito fundamental e trouxe apenas a onerosidade excessiva, sem qualquer outro elemento.

Nota-se que ambos tem o mesmo alvo, a busca ou a manutenção do equilíbrio contratual fundado na boa-fé, respeitado a função social do contrato.

Nessa linha, a aplicabilidade do Código Civil deveria dialogar com o Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo então uma comunicação intrasistêmica, buscando o foco maior, a preservação da dignidade humana.

Ao estabelecer esse diálogo obediente à norma constitucional, estará sendo aplicado o Código Civil na relação eminentemente civil, eliminando os

O adimplemento substancial foi previsto pela Convenção de Viena de 1980 ao regular o comércio internacional. No Brasil impõe-se como uma exigência da boa-fé objetiva. (STJ, 4ª. Turma, Resp 272.739-MG. 01-03-2001, DJ 02-04-2001, *apud* Bussata (2007, p.162).

¹⁹⁵ No sentido da preservação do contrato e da sua finalidade, permitindo a adequação do contrato à nova realidade, encontra-se o posicionamento de Gonçalves (2006, 31-2).

elementos dificultadores de efetividade da onerosidade excessiva trazida no artigo 478 do mencionado diploma.

No momento da verificação e aplicação da onerosidade do Código Civil deve-se buscar sustentação na comunicação harmônica dos dois sistemas, travando o diálogo, exatamente por que o Código de Defesa do Consumidor é expressão de direito fundamental e preserva a dignidade humana.

Não se pode negar que ao se manter o equilíbrio contratual, estará sendo preservada a dignidade humana que é fundamento da república. Nesse momento estará garantindo o equilíbrio contratual e evitando a lesão, em reforço a confiança na relação contratual.

Cabe lembrar que Marques (2005, 2007J defende que, a tendência da modernidade é de que sejam aplicadas as regras e princípios do direito do consumidor a todos os direitos das obrigações, prevalecendo a teoria da base do negócio jurídico, que vai estar voltado para a confiabilidade.

Em reforço a esse fundamento, reaviva-se na memória que o contrato em como pressuposto, o equilíbrio econômico entre as prestações, inclusive durante a sua execução. Por isso essa proteção, na fase da execução do contrato vem prevista nos artigos 317, 478 e 480 do Código Civil.

Pelo artigo 317 havendo motivos imprevisíveis que causem desproporção manifesta entre o valor da prestação e o momento da sua execução, poderá juiz adequar o valor da prestação à realidade. Mesmo que o artigo contemple a imprevisibilidade, o resultado final será evitar a lesão, não cabendo então se perquirir se é caso de aplicar a teoria da imprevisão, haja vista que esta também busca evitar a lesão.

Da análise do teor do artigo 478, vê-se que quando a prestação se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem, pautado em acontecimento extraordinário e imprevisível, caberá o pedido de resolução do contrato. Aqui também pode ser observada a desnecessidade da caracterização dos acréscimos ao fato gerador de desequilíbrio. Basta que exista o desequilíbrio para justificar a aplicabilidade.

E ainda, pela descrição do artigo 479, o juiz deve ouvir o autor para saber se a sua vontade é a de revisão do contrato. Nesse sentido, adveio e

enunciado 367¹⁹⁶ do Conselho da Justiça Federal, na IV jornada de Direito Civil. Assim, a atuação do magistrado deverá respeitar a vontade das partes, sem, no entanto, criar situação diversa.

Finalmente, pelo teor do artigo 480, quando a obrigação couber a uma parte e isso causar onerosidade excessiva, poderá esta pedir a adequação da prestação.

Em que pese a imprevisibilidade e a desproporção trazidas no artigo 317, a vantagem extrema oriunda de acontecimento extraordinário e imprevisível apontada pelo artigo 478, e a onerosidade excessiva trazida no artigo 480, a questão de fundo paira em torno de ocorrência fática surgida durante o cumprimento da obrigação contratual, o denominado fato superveniente à contratação que provoque o desequilíbrio de modo a frustrar a finalidade contratual.

Os termos, extraordinário e imprevisível aparecem apenas nos artigos¹⁹⁷ 317 e 478, sem, no entanto, aparecer no artigo 480, deixando margem de dúvida e de interpretação de que se fosse realmente necessário, além de não serem exagerados e redundantes, estariam presentes também no último artigo.

Por todos esses fundamentos é que se afirma que a onerosidade excessiva está separada da teoria da imprevisão, aplicado aquela, autonomamente, bastando apenas o fato que desequilibre o cumprimento das prestações.

Diante das incorreções e exageros que acompanham a caracterização da onerosidade excessiva no Código Civil, bem como pelo fato de que o Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria da equidade contratual, permitindo a revisão quando houvesse mera onerosidade, não poderia o Código

¹⁹⁶Enunciado 367: Em observância ao princípio da conservação do contrato, nas ações que tenham por objeto a resolução do pacto por excessiva onerosidade, pode o juiz modificá-lo equitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada a sua vontade e observado o contraditório.

¹⁹⁷Adverte Barros (2007, p.321) que: "Os dois primeiros dispositivos estão conformes o Código Civil Italiano, que em seu art. 1.467 determina que: "Nei contratti a esecuzione differita, se la prestazione de una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea del contratto".

Já o artigo 480 está de acordo com o direito português que prevê: "Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução, ou à modificação dele, segundo juízo de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato"(art. 437º.do Código Civil Português)" (BARROS, 2007, p .321).

Civil (que trata também de regras gerais) adotar a teoria da imprevisão. Isto por que com esta exige elementos novos, dificultando a eficácia normativa.

Isto por que afeta o equilíbrio contratual e por fim a segurança esperada pelas partes no negócio jurídico. Por outro lado, trata-se de aplicabilidade normativa sistêmica aberta com permissão constitucional de diálogo entre as duas fontes intrasistêmica, com respeito incondicional ao princípio da dignidade da pessoa humana.

É observado, portanto, que o Código Civil trouxe a onerosidade excessiva pretendendo fazê-la requisito da teoria da imprevisão. Isso a torna inoperante, pois trouxe a obrigatoriedade de caracterizar todos os termos constantes no artigo 478, fazendo com que o instituto seja inaplicável.

Por isso, os autores antes colacionados tem entendido que para caracterizar a onerosidade excessiva basta a ocorrência de acontecimento posterior à celebração, e que tal fato afete o cumprimento da prestação. Com isso, permite, preferencialmente a adequação e não a resolução do contrato, em respeito ao princípio da manutenção do contrato e do equilíbrio, a ponto de primar pela máxima efetividade normativa. Tudo isso em respeito ao princípio maior, a preservação ou o resgate do fundamento da república, o princípio da dignidade humana.

Cabe lembrar que o Código de Defesa do Consumidor é norma especial e oriunda de direito fundamental, consoante tratado alhures, enquanto que o Código Civil é norma, lei ordinária, de cunho geral. Assim, durante o diálogo de complementariedade, os princípios constitucionais decorrentes do Código consumerista devem prevalecer, por tratarem de comando oriundo de direito fundamental.

Em que pese tal colocação, a questão da supremacia do direito fundamental valendo-se do Código de Defesa do Consumidor, necessita de estudo específico e mais aprofundado. Isso não constitui objeto central deste estudo, devendo, portanto, ficar registrado o recorte epistemológico, reservando a matéria para estudo específico, em outro momento.

A questão do Código de Defesa do Consumidor como expressão de direito fundamental, apenas foi trazida para justificar o diálogo das duas fontes, em busca do equilíbrio contratual fundado na boa-fé e respeitando a função social do contrato, para com isso, preservar ou resgatar a confiança que, contemporaneamente tem se mostrado em crise. E, por fim, evitar a lesão.

Os dois sistemas, civil e consumerista, por estarem dentro do mesmo ordenamento e na busca da máxima efetividade sistêmica, é que devem ser interpretadas em conjunto, quando se trata da pretensão de efetividade do equilíbrio contratual.

Nesse sentido, encontra-se o enunciado 27 do Conselho Superior da Justiça Federal, na I jornada de direito civil, em que se reconhece a necessidade de diálogo entre as duas fontes, isto é, "na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se considerar o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos" (BARROS, 2007, p. 328).

Para a manutenção do desenvolvimento econômico social, comercial e industrial no país, o equilíbrio contratual deve ser o alvo perseguido, fundado na confiança e aliado ao cumprimento das obrigações contratualmente assumidas.

Então, na esfera civil é certo que o cumprimento do contrato deve ser observado e obedecido, salvo quando verificada a ocorrência da onerosidade excessiva, enquanto exceção ao cumprimento do avençado, a fim de manter a grande finalidade do contrato (ou seja, a finalidade social). No entanto, não se pode perder o foco do princípio da conservação dos contratos, a fim de evitar a lesão (calcado no mandamento romano de não lesar).

No sentido de preservar o contrato, pautado no princípio da conservação do contrato, traz-se à colação a orientação do Conselho da Justiça Federal, aprovada pelo enunciado 176¹⁹⁸, na III Jornada de Direito Civil, cujo teor se refere à possível revisão do contrato mesmo quando aplicado o teor do artigo 478 do Código Civil.

Uma forma de manter o equilíbrio contratual é reconhecer o fenômeno da onerosidade excessiva trazida no artigo 478 do Código Civil. Basta que ocorra a onerosidade, dispensando-se os demais requisitos lá apontados. Desta forma se preservará a autonomia contratual com respeito aos limites da boa-fé objetiva e função social. Estas duas, juntas conduzirão ao equilíbrio contratual, e deverão assegurar a manutenção da dignidade da pessoa humana.

Então, para caracterizar o fenômeno da onerosidade excessiva, basta que haja acontecimento, durante a execução do contrato, que gere o

¹⁹⁸Enunciado 176: "Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o artigo 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à sua resolução" (BARROS, 2007, p.322).

desequilíbrio para qualquer das partes, sem qualquer empecilho ao efetivo equilíbrio contratual sob pena de resultar na lesão.

Deve-se focar a justiça contratual contemporânea, como ponto de relevo, bastando para tanto a ocorrência de fato que mude a realidade do momento da execução, para justificar a aplicabilidade da onerosidade excessiva, desconsiderando os termos trazidos a exemplo da extrema vantagem e de acontecimento extraordinário e imprevisível¹⁹⁹.

Outra justificativa é o fato de que a imutabilidade das relações jurídicas não deve refletir a garantia da segurança jurídica como outrora. Pelo contrário, para que exista segurança jurídica, o seu fundamento deve ser a equidade contratual, o equilíbrio que caminha numa nova esteira, a da boa-fé objetiva, fundada na função social do contrato e sob o comando emergente e supremo do princípio da dignidade humana.

Por fim, basta a ocorrência de fato superveniente à contratação, que afete a exequibilidade da prestação, quebrando o equilíbrio intrínseco de equivalência das prestações. Existindo tal ocorrência, o fim essencial do contrato desaparece, por isso, se justifica a aplicação da onerosidade excessiva.

A onerosidade excessiva recebe autonomia, podendo ser aplicada quando houver o desequilíbrio. Portanto, deve ser vista como afronta à justiça contratual, que está pautada no equilíbrio contratual, limitada pela autonomia privada.

Visto que o Código Civil trouxe a teoria da imprevisão e como requisito a onerosidade excessiva, acrescentando condições dificultadoras da efetivação de tal onerosidade, a doutrina vem entendendo ser possível a aplicação da onerosidade excessiva de maneira autônoma, bastando que ocorra fato que desequilibre o cumprimento das prestações.

¹⁹⁹Essa é uma tendência à mudança de mentalidade e vem confirmada pelos enunciados 17 e 175, da I e II Jornada de Direito Civil, ao tratarem dos artigos 317 e 480(BARROS, 2007, p.324):
Enunciado 17: "A interpretação de expressão 'motivos imprevisíveis' constante no art. 317 do novo Código Civil, deve abarcar tanto causas de desproporção não previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis".
Enunciado 175: "A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz".

4.4 CARACTERIZAÇÃO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O código consumeirista teve como foco central a equidade relacionada ao equilíbrio²⁰⁰ na relação contratual de consumo (artigo 6º, V) para evitar a onerosidade excessiva.

A previsão trazida no referido código assegura ao consumidor, como direito básico, a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, desde que sejam supervenientes à contratação e que tal fato cause onerosidade excessiva.

É observado, então, que a proteção trazida na relação de consumo alcança o momento da pactuação, tratando como inválidas as cláusulas abusivas, bem como alcançando mudanças durante a execução que tornem excessivamente onerosa a prestação. Existindo tais ocorrências fica permitida a revisão do contrato fundado no artigo 6º, V (THEODORO JUNIOR, 2009, p. 44).

Tal proteção esboça a teoria da imprevisão como visão moderna da antiga *cláusula rebus sic stantibus*. A preocupação ultrapassa a seara do individualismo e tem sedimentadas suas raízes na ordem pública e nos interesses sociais, conforme estabelece o artigo 1º. O foco central é evitar o enriquecimento sem causa e a lesão. A adoção da teoria está fundada na teoria de base do negócio jurídico e a sua quebra (THEODORO JUNIOR, 2009, p.44-5).

Também aqui a onerosidade excessiva é tida como elemento da teoria da imprevisão²⁰¹ (MATTIUZO JUNIOR, 2001, p.110) e consagra a cláusula *rebus sic stantibus* (FILOMENO, 2007).

A primeira previsão legal consumeirista acerca da onerosidade é encontrada no artigo 6º. V²⁰². Em busca do equilíbrio contratual traz a possibilidade de modificação da cláusula contratual quando houver desproporcionalidade na obrigação, provinda de fatos supervenientes a contratação. Prevê por fim, a revisão

²⁰⁰O equilíbrio aqui mencionado tem a mesma conotação da equidade. Então equidade e igualdade acabam tendo o mesmo sentido, a igualdade da alma, o equilíbrio, a calma (MARQUES, BENJAMIN, MIRAGEM, 2010, p.45).

²⁰¹Nesse mesmo sentido confira Portella (2003, p.18).

²⁰²Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que a tornem excessivamente onerosa.

do contrato quando os fatos tornarem excessivamente oneroso o cumprimento da obrigação assumida.

Observa-se que o artigo 6º não vincula exigência da ocorrência de fato superveniente a imprevisibilidade, como o fez o artigo 478 do Código Civil. Basta que exista a quebra da base objetiva do negócio, capaz de desfazer a situação de equivalência. separa a teoria da imprevisão da onerosidade excessiva.

Para a aplicação do art. 6º, é suficiente a ocorrência de onerosidade excessiva, não sendo necessário que os fatos sejam imprevisíveis (MATTIUZO JUNIOR, 2001, p.111; LEAL, 1998, p.162), o que mostra a sua autonomia, sem dependência da teoria da imprevisão.

Nesse mesmo sentido:

A norma do art. 6º do CDC avança ao não exigir que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível, apenas exige a quebra da base objetiva do negócio, a quebra do equilíbrio intrínseco, a destruição da situação de equivalência das prestações, ao desaparecimento do fim essencial do contrato. Em outras palavras, o elemento autorizador da ação modificadora do Judiciário é resultado objetivo da engenharia contratual, que agora apresenta a mencionada onerosidade excessiva para o consumidor, resultado de simples fato superveniente, fato que não necessita ser extraordinário, irresistível, fato que podia ser previsto e não foi (MARQUES, 1998, p.413).

A segunda previsão é encontrada no art. 51, parágrafo 1º, III do mesmo *codex*, que trata da ocorrência da onerosidade excessiva. Pelo inciso III do parágrafo primeiro, haverá onerosidade quando a vantagem aproveitada pelo fornecedor for exagerada.

O Código de Defesa do Consumidor tem como base o direito fundamental e como vetor principal a proteção ao consumidor, considerado-o parte vulnerável. Assim, qualquer cláusula que imponha desvantagem pode ser alterada para restabelecer o equilíbrio contratual (PORTELA, 2003, p.20).

Para assegurar tal equilíbrio o Código dispôs do fenômeno jurídico da onerosidade excessiva em que a aplicação é dependente da ocorrência de algum acontecimento que mude a base do negócio jurídico. Fato esse que justifica a autonomia da onerosidade excessiva (além da ideia de ser fenômeno reflexo de direito fundamental).

A aplicabilidade autônoma com relação à teoria da imprevisão destaca-se diante da previsão da onerosidade excessiva do Código de Defesa do Consumidor e a do Código Civil. Nesse aspecto, é aberta a possibilidade de diálogo dos princípios entre as duas fontes, possibilitando o equilíbrio com fundamento da dignidade humana.

Ainda como fundamento do diálogo que devem travar os dois códigos, guiado pelo juiz, consoante tratado alhures, o Código de Defesa do Consumidor é expressão de direito fundamental, e o Código Civil, lei ordinária.

Assim, a Constituição Federal deve coordenar a intercomunicação sistêmica, ou ainda, o diálogo das fontes, auxiliado pela aplicação finalista do conceito de consumidor, o Código de Defesa do Consumidor, de modo a assegurar o equilíbrio contratual fundamentado na manutenção da confiança, que vêm sustentados pelo princípio da dignidade humana.

A ocorrência da onerosidade excessiva nos contratos de alienação fiduciária em garantia de coisa móvel afeta diretamente a segurança da relação contratual pautada na confiança que deve ser mantida por conta da preservação do equilíbrio contratual.

Essa estratégia é empregada para evitar lesão, além de estar fundamentada na garantia da dignidade dos contratantes. Pois tem como alvo a busca da máxima efetividade do resultado normativo dos dois códigos que devem estar em constante diálogo de complementariedade para garantir a finalidade social e o equilíbrio contratual.

O STF, por meio da Adin 2591, foi o primeiro tribunal a aceitar o diálogo das fontes em 2006. Depois veio o STJ, através do REsp 1037759/RJ.

O diálogo é, hodiernamente, usado fortemente pelos tribunais e juizados especiais e o grande objetivo é mostrar que é possível a aplicação simultânea do Código de Defesa do Consumidor, com mais de uma lei geral ou especial, de forma ordenada e coerente com o valor constitucional de proteção ao consumidor.

Desta forma, fica assegurada a aplicação do Código Civil como fonte principal e como coadjuvante o Código de Defesa do Consumidor, iluminado pelos direitos fundamentais e os valores constitucionais desde que observada a coerência das fontes.

Presente a coerência sistêmica, é observada que uma intercomunicação afeta o direito privado e público fundada na constituição. Desta forma, o intérprete é conduzido ao conjunto sistemático de normas coerente (MARQUES, 2010, p.62-3) em busca da efetividade da equidade contratual.

Resta saber então, se diante do contrato de alienação fiduciária em garantia de coisa móvel, quando não se tratar de relação de consumo, e presente o fenômeno jurídico da onerosidade excessiva, se será o caso de aplicação do Código Civil ou de Defesa do Consumidor.

Quando as vontades se comungam começa a surgir os contornos do negócio jurídico que se realizará.

É certo que o negócio jurídico que interessa aqui é aquele materializado pelo contrato de alienação fiduciária em garantia apenas de coisa móvel, que, para a sua existência, deve atender aos requisitos intrínsecos de todo e qualquer negócio jurídico, principalmente aqueles trazidos no artigo 104 do Código Civil.

No entanto, é necessária uma condição, a declaração de vontade expressada, que ultrapassa a seara dos atos para culminar no negócio jurídico, isto é, o contrato. Esta declaração de vontade deve ser expressão da autonomia da vontade, consistente na liberdade das partes contratarem e estabelecerem as condições do negócio, firmando assim, a obrigação.

Ao ser firmado o negócio jurídico, este, refletindo no mundo do direito, metaforicamente é moldurado pela autonomia privada que servirá de freio à vontade das partes e até o interprete.

A formação do negócio jurídico pode ocorrer tanto na esfera civil como na consumeirista. Nesse ponto, é preciso trazer a lume que, pela corrente finalista haverá relação de consumo quando o consumidor for destinatário final. Em que pese a corrente maximalista defender o alcance até mesmo aos atos de empresa, quando o bem é utilizado como meio de produção e ou circulação de riquezas, de acordo com o artigo 966 do Código Civil.

Assim, dois tipos de negócio jurídico estão presentes nos limites circundados pela moldura da autonomia provada, um na esfera eminentemente civil e outro na consumeirista. Outro fato também é certo, uma vez pactuadas as obrigações dali decorrentes, elas deverão ser cumpridas, cabendo a relativização apenas quando caracterizar a onerosidade excessiva.

Diante da ocorrência do fenômeno jurídico da onerosidade excessiva, na seara civil, consoante consignado anteriormente, basta a ocorrência do desequilíbrio das prestações para autorizar a sua aplicabilidade, que culminará no reequilíbrio das obrigações durante a execução contratual. Portanto, torna-se desnecessária a caracterização dos demais termos que engessam e impossibilitam a efetiva aplicação do artigo 478 do Código Civil.

Ao se tratar da relação de consumo, a questão não demandará maiores preocupações, pois o Código de Defesa do Consumidor exige apenas a ocorrência da onerosidade excessiva que é caracterizada com o desequilíbrio contratual. Os dois sistemas pregam então o equilíbrio das relações e das obrigações a fim de evitar a lesão.

Desta forma, diante do negócio jurídico que não se caracterize relação de consumo, marcado pela ocorrência do fenômeno jurídico da onerosidade excessiva, deve-se aplicar o artigo 478 do Código Civil, sem os acréscimos lá trazidos.

A onerosidade excessiva lá apresentada se mostra autônoma, tanto que exige, para a sua ocorrência, apenas um fato, durante a fase de execução das obrigações, que gere o desequilíbrio das prestações entre as partes, não podendo ser um simples requisito da teoria da imprevisão.

Basta então verificar a ocorrência fática de fenômeno que provoque o desequilíbrio da relação contratual, adequando o contrato de acordo com a vontade das partes e à realidade social do momento.

Nesse período de adequação fático-legal, é observada a efetividade da autonomia privada quando se percebe que comungam tanto o direito público e privado. A finalidade é tornar eficaz e efetivo o respeito às cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados na aquisição da expressão da boa-fé objetiva. Isso possibilita que o negócio jurídico esteja pautado na função social do contrato para reforçar a confiança esperada pelas partes desde o momento das tratativas iniciais até a execução do contrato.

Nesse particular, aplicando o Código Civil, este poderá se comunicar com o sistema consumeirista, que embora surja em segundo plano, o da complementariedade, traz a primazia de ser expressão de direito fundamental.

O dialogo hermenêutico entre os dois sistemas, propicia o resgate, a preservação e imposição da confiança, materializada pela autonomia da vontade,

dentro da moldura da autonomia privada. Desta forma norteia o desenvolvimento do negócio jurídico apoiado nas cláusulas gerais e nos conceitos legais indeterminados em busca da efetividade do princípio da dignidade humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da onerosidade excessiva no contrato de alienação fiduciária de coisa móvel foi considerada a partir da alienação fiduciária em garantia, formação da relação jurídica nos códigos civil e de defesa do consumidor e da onerosidade excessiva no contrato de alienação fiduciária em garantia de coisa móvel.

O estudo da alienação fiduciária em garantia partiu da antiga Roma até chegar ao Brasil, em 1965, através da lei de número 4.728/65, que tratou do mercado de capitais, e suas posteriores alterações.

O liame das amarrações do trabalho foi feito por meio de abordagem sucinta sobre a fidúcia que desde os romanos se despontava como ideia de contrato fundada na boa-fé e confiança em decorrência da conexão com o risco. A fidúcia era vista como negócio jurídico e tinha como base a confiança estabelecida entre a obrigação assumida e o contrato. Isto porque uma parte recebia o bem com a obrigação de usá-lo para determinado fim, devendo devolvê-lo ao final. A lealdade e a honestidade (boa-fé) eram ressaltadas de maneira implícita.

A fidúcia foi originada na antiga Roma, mas apresentou distintas abordagens de acordo com a necessidade das diferentes nações. No período romano, o credor tinha titularidade dominial plena, pautada na confiança e a fidúcia figurava como direito real absoluto se apresentando como: a) fidúcia *cum amico* que alcançava bens móveis e imóveis, assemelhando-se com o comodato; b) fidúcia *cum creditore* que considerava a dívida garantida com a transferência da propriedade infungível, pautada na confiança e fundada na boa-fé para evitar lesão; e c) fidúcia *remancipationis causa* que representava um pacto para emancipação do filho.

Por outro lado, os poderes do credor fiduciário se limitavam a condição resolutiva na fidúcia germânica que garantia o direito de seqüela. Enquanto que no direito inglês, a fidúcia se caracterizava como: a) *trust receipt* que era usado para bens móveis duráveis, fundado na confiança, e permitia a transferência da propriedade até o resgate da dívida. Suas raízes estavam no negócio fiduciário que acabou influenciando a alienação fiduciária no Brasil; b) *mortgage* que era usado somente para imóveis e transferia a propriedade definitiva inclusive com a posse ao credor para garantia da dívida até o cumprimento da obrigação, quando deveria ser

devolvida ao devedor caracterizando o caráter de resolúvel; e c) *chattel mortgage* que era advindo do *mortgage* e de uso exclusivo de bens móveis. Portanto, representa uma hipoteca mobiliária que guarda íntima relação com o penhor do direito germânico. Nesta, o devedor permanece na posse do bem enquanto estiver adimplente, caso contrário, fica obrigado a entregar o bem ao credor. É exatamente nesse aspecto que aparece a relação com o penhor dos antigos germânicos.

No Brasil, a alienação fiduciária surgiu com a edição da lei de número 4.728/65 que regulou o mercado de capitais prevendo especificamente no artigo 66 sobre a alienação fiduciária de coisa móvel fungível. A finalidade foi difundir a política de crédito e facilitar financiamentos para favorecer o mercado de capitais. Além disso, previu a transferência fiduciária do domínio da coisa, como forma de garantia da solvibilidade. Nesse ponto se assemelhava ao *trust receipt* do direito inglês.

A edição da mencionada lei resolvera o problema da facilitação do escoamento de produtos, porém surgiu um novo desafio, o da solvibilidade do crédito. Para solucionar tal impasse, foi criado o Decreto-Lei 911/69, que tratou do aspecto processual e alterou a lei de número 4.728/65.

O Decreto-Lei 911/69 possibilitou a busca e apreensão do bem em procedimento sumário autônomo, a ação depósito quando o bem não fosse encontrado com o devedor, e ainda a execução, além da venda do bem. Possibilitou, portanto, a transferência do domínio resolúvel, da posse direta e indireta, assim como a prova escrita por instrumento público ou particular e o registro obrigatório.

Em 1997, a lei de número 4.728/65 foi novamente atualizada através da lei de número 9.514/97, que fez previsão da alienação fiduciária de bem imóvel mediante registro, permitindo a participação de pessoa física ou jurídica, não sendo mais exclusividade das instituições financeiras.

O Código Civil de 2002 tratou da alienação fiduciária de coisa móvel infungível, diferentemente da lei 4.748/65, que tratava de coisa móvel fungível. O Código alcançou ainda a propriedade resolúvel e trouxe quatro novidades:

a) não revogou o Decreto-Lei 911/65, que trata do aspecto processual da alienação fiduciária e previu a possibilidade de sub-rogação de terceiro, ou seja, a possibilidade de terceiro pagar a dívida e figurar como credor se sub-rogando nos seus direitos;

b) criou a propriedade fiduciária de coisa móvel infungível;

c) alterou o artigo 3º do Decreto-Lei 911/69, prevendo a possibilidade de busca e apreensão com liminar, desde que a mora ou o inadimplemento fossem comprovados;

d) alterou também o artigo 24 da lei de número 9.514/65, que trata das condições de validade do negócio jurídico fiduciário, fazendo inserir o total da dívida, prazo e época do pagamento, além da descrição do bem e identificação dos elementos indispensáveis à sua edificação.

Posteriormente, houve nova alteração da lei de número 4.728/65, com a edição da lei de número 10.931/04 que inseriu o artigo 66-B. Esta alteração regulou o mercado financeiro e de capitais, tratou da garantia de créditos fiscais e previdenciários, além de revogar o artigo 66-A que tratava da coisa móvel fungível e infungível. Possibilitou ainda:

a) a busca e apreensão com liminar quando comprovada a mora ou inadimplemento;

b) prazo de cinco dias para consolidação da posse plena e propriedade ao credor, podendo ser expedido novo certificado de propriedade;

c) retirou a purgação da mora, concedendo ao devedor o prazo de cinco dias para pagar ou restituir o bem;

d) prazo de 15 dias para o devedor responder a ação, a contar da efetivação da liminar, independente de ter sido feito o pagamento.

E, finalmente, a alienação fiduciária sofreu sua última alteração através da edição da lei de número 11.418/07, que atualizou a redação da lei de número 9.514/97, permitindo às pessoas físicas e jurídicas fazerem a contratação e, não apenas, as instituições do sistema financeiro. Dessa forma, permitiu ainda a democratização do negócio jurídico fiduciário por meio de nova redação do artigo 22.

Após a exposição da trajetória da alienação fiduciária nas distintas nações ao longo do tempo, passou-se a discorrer sobre o negócio fiduciário que é caracterizado pela transmissão de uma coisa ou direito a outra pessoa, para ser devolvido em momento futuro após o bem ter atingido a sua finalidade. A partir de então foi necessário diferenciar a alienação fiduciária do negócio fiduciário germânico. Na alienação, a propriedade resolúvel é transferida para garantia do cumprimento da obrigação, ao passo que no negócio germânico, o credor ficava com a propriedade plena.

Foi possível concluir que o negócio jurídico é expressão da autonomia privada e necessita da confiança das partes na formação do vínculo, além da boa-fé para a formação do contrato. Para estabelecer o liame entre os três termos (negócio fiduciário, alienação fiduciária e autonomia privada), foi necessário definir rapidamente a alienação fiduciária que representa negócio jurídico em que o devedor fiduciante transfere a propriedade resolúvel ao credor fiduciário com a finalidade de garantia real (desde que registrado) da solvibilidade de obrigação contraída. Assim, o proprietário (devedor fiduciante) tem temporariamente a sua propriedade suspensa até que se cumpra a obrigação.

A alienação fiduciária, além de ser negócio jurídico, é ainda contrato bilateral, oneroso, formal, comutativo, acessório, sinalagmático, consensual, de adesão e complexo, que serve de título para constituição da propriedade fiduciária.

É importante ressaltar que a alienação não se confunde com o negócio jurídico fiduciário romano, germânico, nem tampouco com o *trust receipt*. No entanto, apresenta pontos convergentes com o *chattel mortgage*.

As diferenças entre o *trust receipt* e a alienação fiduciária se baseiam em:

a) *trust receipt*: 1) permite a venda de mercadoria diretamente em nome do financiador; 2) o banco pode reaver o bem dado em garantia que está na posse direta do devedor; 3) a propriedade não é resolúvel; 4) a propriedade do bem é transferida do vendedor para o financiador (credor) e não para o comprador (devedor);

b) alienação fiduciária em garantia: 1) a venda deve ser realizada pelo credor, haja vista que o devedor não pode fazê-la mesmo quando vencida a dívida, sob pena de cometer estelionato; 2) o credor não pode recuperar o bem, pois este serve apenas de garantia, ademais a sua finalidade não foi a venda, mas o empréstimo garantido; 3) a propriedade é resolúvel.

A propriedade fiduciária é direito real sobre coisa própria do credor, isto é, objeto da garantia real, necessitando da propriedade resolúvel para que se caracterize.

Com todas as alterações legais, a alienação fiduciária passou a alcançar bens móveis e imóveis e vem tratada desde a lei de número 4.728/65 (alterada pela lei de número 9.514/97, e, posteriormente, alterada pelas leis de números 10.931/04 e 11.481/07) e pelo Decreto-Lei 911/69. Enquanto o Código Civil

de 2002 trouxe nos artigos 1.361 a 1.368-A, as linhas gerais a serem aplicadas à alienação fiduciária, subsidiariamente.

As duas regras previram a garantia fiduciária de bens móveis com a transmissão do domínio resolúvel e da posse direta e indireta, independente da tradição efetiva (ocorrendo então a tradição ficta). O devedor passa a possuidor direto e depositário, não cabendo mais a prisão civil, por força das súmulas 31 do Supremo Tribunal Federal e 419 do Supremo Tribunal de Justiça.

A alienação fiduciária de bem imóvel foi regulada pela lei de número 9.514/97 e alterada pela lei de número 11.481/07, que concedeu nova redação e tratou da propriedade resolúvel. Essa atualização estabeleceu dentre outras providências que o credor deverá pedir a intimação do devedor para que efetue o pagamento das parcelas vencidas e vincendas no prazo de 15 dias após o recebimento da notificação. No entanto, parece existir contrasenso, haja vista que na ocorrência de inadimplemento e mora, além de o devedor não conseguir saldar as vencidas, pode ser que não consiga pagar as vincendas. Desta forma, a alteração do parágrafo 7º do artigo 26 da lei de número 9.514/97 acentua ainda mais o desequilíbrio contratual.

Foi também considerada a formação da relação jurídica contratual nos dois sistemas o civil e o consumerista como caminho indispensável para se chegar à onerosidade excessiva.

Na visão contemporânea do direito civil, existe o estudo da formação da relação jurídico-contratual como condutora da formação do negócio jurídico (enquanto espécie do gênero ato jurídico). O vínculo existente é resultado da vontade e da confiança expressadas pelo ato jurídico e previsto na moldura apresentada pelo Código Civil para a harmonização dos interesses que devem ser pautados na boa-fé e na confiança que paulatinamente vem sendo resgatadas.

É, portanto, observado que o objeto da relação jurídica está pautado na vontade e na confiança que afeta o comportamento das partes. Desta forma, exige dessas partes a boa-fé e a preocupação com a função social em busca do equilíbrio contratual. Para isso, é exigido o respeito das autonomias da vontade e privada (esta última, por sua vez, representa a forma de regular e nortear a autonomia da vontade).

O elemento volitivo se destaca como elemento de fundo para a formação do negócio jurídico. Pois é a partir da vontade como forma de expressão

do ato jurídico (seja *latu ou strictu sensu*), pautada na confiança, que se alcança o negócio jurídico. Em especial, o negócio jurídico da alienação fiduciária de coisa móvel.

Foi necessária uma diferenciação entre as duas espécies de ato jurídico. De um lado o *latu sensu*, que resulta ou não do querer; e do outro, o *strictu sensu*, importante no querer que desfecha no lícito e ilícito, e conhecido pela doutrina tradicional como ato jurídico *strictu sensu*, ao passo que a moderna o denomina negócio jurídico.

A conexão entre ato e negócio jurídico necessita de distinção. O primeiro contém a manifestação volitiva, haja vista que o segundo busca o efeito pretendido com o querer expressado pelo ato. Portanto, é possível afirmar que o fundamento e os efeitos do negócio jurídico se apóiam na vontade norteada pela autonomia privada, devido ao fato de representar o elemento volitivo pautado na confiança que conduz ao negócio jurídico.

O negócio jurídico se forma da relação contratual pautado na vontade, sendo representada pela autonomia da vontade. Por sua vez, a autonomia da vontade é auxiliada pelo elemento confiança que está apoiado na autonomia privada em busca do equilíbrio das relações contratuais.

É possível, portanto, tecer a alusão de que o negócio jurídico representa o veículo que permite a realização do seu próprio núcleo central, isto é, a autonomia privada, materializada no contrato. É ainda o resultado do ato jurídico *strictu sensu* como manifestação da vontade e pautado pela autonomia privada. Tem como conseqüência a criação, modificação ou extinção das relações jurídicas molduradas pelo direito civil através dos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade. Deste modo, possibilita que o negócio jurídico da alienação fiduciária se sujeite a aplicação da regra do artigo 478 do Código Civil que trata da onerosidade excessiva.

A materialização da obrigação assumida pelas partes é firmada pelo contrato como forma de expressar e assegurar a proteção e o equilíbrio da relação vinculativa das partes fundada na confiança inserta nos sistemas civil e consumeirista. Isso ocorre como observância e respeito às cláusulas gerais e aos conceitos legais indeterminados para sedimentar a autonomia privada.

Desde o Código de Hammurabi, que a obrigação resultante do vínculo deveria ser cumprida. Salvo quando houvesse exceção imprevisível. Isto

porque ao firmarem o vínculo, uma parte faz despertar na outra a confiança e a crença de que o cumprimento ocorrerá.

Contemporaneamente, pode ser observado nas molduras civilística e consumista, a onerosidade excessiva como forma de oposição ao cumprimento da obrigação assumida. Ocorre, então, a adequação do fato social ao sistema jurídico da modernidade.

A obrigatoriedade do cumprimento do contratado era pautada no *pacta sunt servanda* como resultado do forte conteúdo de credibilidade firmado na doutrina clássica das obrigações que considerava presente no contrato a boa-fé das partes. Era também justificada a exigência do cumprimento da obrigação como verdadeira lei entre as partes.

A preocupação com os imprevistos que impedissem o cumprimento da obrigação assumida fez surgir a cláusula *rebus sic stantibus*. Essa origem ocorreu como forma de tutela do interesse das partes e para salvaguardar o futuro cumprimento da obrigação materializada no contrato. Portanto, as partes ao contratarem não poderiam causar prejuízos a cada outra, pois existiam as preocupações de não causar lesão (defendida desde os romanos), e de as partes deverem respeitar o contrato até mesmo durante o seu cumprimento.

Todo contrato estava pautado na boa-fé, e os contratantes deveriam respeitar reciprocamente a liberdade contratual como forma de expressar a liberdade de contratar representada pelo princípio da autonomia da liberdade contratual. Tal liberdade serve de equilíbrio entre a liberdade da manifestação da vontade das partes que está pautada na liberdade de escolha. Também está pautada no livre arbítrio e na obediência a autonomia da vontade como forma de expressão da autodeterminação imposta pela lei.

Na modernidade, o equilíbrio contratual também é dependente da boa-fé. Além disso, tem a confiança como elemento central do negócio jurídico. A presença da confiança conjuntamente com a boa-fé contratual são representadas pela eficácia das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados. Por sua vez, esses fatores atenderão ao solidarismo contratual em busca do equilíbrio na relação contratual conforme apontam os artigos 421 e 422 do Código Civil.

Desta forma, a confiança e a boa-fé representam os novos paradigmas da realidade contratual contemporânea por se caracterizarem como princípios e diretrizes das relações contratuais. Ambas combatem a abusividade e a

onerosidade excessiva na relação contratual e contribuem para a eficácia e efetividade dos fins sociais do contrato. A confiança exerce papel redutor da complexidade pressupondo obediência ao dirigismo contratual caracterizado pelas autonomias da vontade e privada.

O descumprimento das obrigações materializadas no contrato gera crise na confiança e no direito. Na perspectiva da inibição dessa crise, os Códigos Civil e de Defesa do Consumidor trouxeram as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados. Tanto as cláusulas como os conceitos contribuem para a efetivação dos princípios gerais do direito e da supressão de lacuna para assegurar o equilíbrio e a equidade contratual.

A eficácia do negócio jurídico não deve sofrer interferência da crise da confiança das partes marcada pelo descumprimento contratual. Para tanto, a atuação do dirigismo contratual ocorrerá por meio da autonomia privada como forma de limitação da autonomia da vontade. A autonomia privada estabelece o limite para o exercício da autonomia da vontade e afeta a liberdade de contratação, além de servir como forma de supressão de lacuna. Tal premissa retoma a ideia romana de não causar a lesão, complementada atualmente com a finalidade de assegurar a dignidade humana.

Portanto, a autonomia privada é princípio geral de direito e considera o querer do sujeito e a manifestação da vontade. Enquanto que a autonomia da vontade é princípio de direito privado e está relacionada ao poder do sujeito criar as regras contratuais e a elas se submeter.

Novamente, é possível afirmar que o negócio jurídico é meio de concretizar a autonomia privada conduzida pelo dirigismo que está manifestado nos artigos 421 e 422 do Código Civil. Tal autonomia é um fenômeno abstrato que pode ser observado a partir de três prismas fundamentados no:

- a) poder de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas;
- b) princípio aberto informador do sistema que justifica o funcionamento do próprio sistema jurídico e;
- c) método de interpretação, haja vista que indica o norte para o alcance do sentido da norma jurídica.

Por sua vez, a autonomia da vontade é expressão do poder de autodeterminação das partes e está pautada na autonomia privada que se apresenta como moldura legal à limitação da liberdade de contratar.

As cláusulas gerais estão inseridas na moldura legal da autonomia privada que são formulações genéricas (dispositivos não direcionados) que podem ser aplicadas em várias situações, justamente devido à vagueza da expressão. Portanto, sua aplicação necessita da intervenção hermenêutica.

Essas cláusulas gerais orientam o interprete permitindo ao juiz dúplice função, isto é, a de vinculá-lo a aplicação e a liberdade de estabelecer o alcance. Tais cláusulas estão presentes nos artigos 187, 421, 422, 623, 868, parágrafo único do artigo 927, 1.028, 1.634, III e parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil.

Os conceitos legais indeterminados também estão inseridos na moldura legal da autonomia privada e são termos abstratos, vagos e imprecisos trazidos na lei. Eles servem para fornecer ao julgador a possibilidade de valoração do caso concreto pautado pela legalidade, a exemplo do que se observa da análise do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Esse permite ao julgador, em caso de omissão legal, decidir de acordo com a analogia e os princípios gerais de direito, suprimindo lacuna. Tais conceitos estão dispostos nos artigos 122, 188, II, 251, 581, 927, 1.643, I e 2.019 do Código Civil.

Os princípios gerais de direito não estão positivados no sistema. Portanto, são regras em branco que permitem a supressão de lacuna, fazendo tornar concreto o direito. É nesse momento que o juiz se valerá das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados para efetivar a concreção do direito.

O Código Civil de 2002 inovou ao prever a boa-fé como princípio fundamental da cláusula geral dos contratos, a exemplo do artigo 422. A partir da previsão legal, a boa-fé é *standard* da conduta para a interpretação contratual e o preenchimento de lacuna. Isso ocorre para se evitar abusos, manter a confiança ou minimizar possível crise, com o foco central da segurança das relações jurídicas.

A boa-fé tem três funções: a) servir para interpretar e estabelecer o limite do alcance da norma; b) integrar a norma quando supre lacuna; e c) limitar a vontade das partes à moldura da autonomia privada. Nesse contexto, se apresenta como sub-moldura.

A boa-fé se divide em objetiva e subjetiva e está prevista nos artigos 113, 187 e 422 e parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil. A subjetiva é investigativa, enquanto que a objetiva constitui cláusula geral e está relacionada às responsabilidades pré-, e, até, pós-contratual.

A função social do contrato é outra cláusula geral integrante da moldura da autonomia privada, sendo norma de ordem pública. Portanto, alcança os aspectos econômicos e sociais. Por isso, o juiz, valendo-se da vagueza do termo, preenche o conceito e supre lacuna, para dar maior efetividade a pessoa humana.

Também foi abordada a formação da relação jurídica no Código de Defesa do Consumidor a partir da identificação das partes envolvidas. Os conceitos de consumidor através das teorias maximalista e minimalista foram apresentados. O conceito de consumidor na teoria minimalista alcança apenas as figuras tradicionais previstas no Código de Defesa do Consumidor. Enquanto que na maximalista, o consumidor seria qualquer pessoa que adquirisse o produto e o utilizasse mesmo como meio de produção e comercialização.

A exposição das duas correntes doutrinárias suscita convivência e diálogo dos sistemas civil e consumeirista com relação à aplicação dos princípios e não da conceituação de consumidor. Isso ocorre porque a finalidade tanto do diálogo como da convivência é o equilíbrio da relação contratual.

As teorias contratuais civilista e consumeirista se pautam na cláusula geral da boa-fé e na confiança. Todas estão diametralmente guiadas pela autonomia privada para evitar abusividade e, também, lesão. Eis o momento em que convivem e dialogam dentro do sistema permitindo a intercomunicação sistêmica.

A razão dessa convivência está apoiada no equilíbrio contratual e na vulnerabilidade do consumidor. Por excelência, o consumidor é sujeito de direitos fundamentais, trazidos pelos artigos 5º, XXXII e 170, V da Constituição Federal. Ambos os artigos marcam o direito do consumidor como direito humano de nova geração (pós-modernidade) relacionado à garantia do princípio da dignidade humana. Percebe-se, claramente a busca do equilíbrio e confiança na relação contratual.

A questão não é simples e permeia o campo da hermenêutica e da aplicabilidade da norma. Por isso, depende da ponderação de valores constitucionais, mas que não foram esgotados por não constituir o objeto do trabalho. Diante do caso concreto, na ausência de caracterização da relação de consumo (de acordo com a teoria finalista), o Código Civil deve ser aplicado. O fundamento da aplicabilidade está na busca pela preservação do contrato, da vontade e na valorização da confiança, limitados pela autonomia privada.

A formação do vínculo contratual nas esferas civil e do consumidor deve privilegiar o equilíbrio, inclusive na fase da execução da obrigação quando pode surgir o fenômeno da onerosidade excessiva. Isso justificaria a desobrigação do cumprimento do pactuado.

Os romanos se preocupavam com o cumprimento do que fora pactuado a partir da máxima *pacta sunt servanda*. No entanto, a máxima sofreu relativização por meio da cláusula *rebus sic stantibus* e pela teoria da imprevisão e, finalmente, pela onerosidade excessiva prevista nos Códigos Civil de 2002 e de Defesa do Consumidor.

Seguindo os preceitos romanos influenciados pelo direito canônico, o negócio jurídico depois de concluído se sujeitava à máxima *pacta sunt servanda*. Isso ocorria como forma de expressão da equidade e da boa-fé cuja ideia fora propagada pelo cristianismo. Por isso, as partes tinham que cumprir o pactuado, uma vez assumido o compromisso da manutenção do equilíbrio.

A cláusula *rebus sic stantibus* surgiu como forma de relativização da máxima *pacta sunt servanda*. Essa cláusula trazia a presunção implícita de que o cumprimento da obrigação não poderia alterar a situação fática (apenas para contratos comutativos, de trato sucessivo e execução diferida).

Para tentar explicar e fundamentar a revisão contratual após o surgimento da cláusula *rebus sic stantibus*, apareceram inúmeras teorias. Dentre elas, as principais são a teoria da pressuposição de Windscheid, a de base subjetiva do negócio de Paul Oertmann e a de base subjetiva de Karl Larens.

A teoria da pressuposição tem como foco a orientação e autolimitação da vontade declarada que não estava condicionada a qualquer situação. Pela teoria de base subjetiva do negócio, o foco era a manifestação mental emitida no momento da concretização do negócio. Por fim, para a teoria subjetiva de Karl Larens, considerada a teoria objetiva de Kaufmann interessam fatores que alteram o resultado do negócio mesmo não tendo sido previstos e, por sua vez, trata da possibilidade da onerosidade excessiva.

Desta forma, a teoria da imprevisão tinha como objetivo abrandar a aplicação do princípio *pacta sunt servanda* para proteger uma das partes quando houvesse mudança brusca à época da contratação. Por isso, a observação de que visava evitar lesão e promover equidade.

A cláusula *rebus sic stantibus* passou por um período de descrédito no século XVIII, mas fora resgatado no início do século XX, com o declínio da escola da exegese. Tais fatos favoreceram ao reaparecimento da cláusula com o termo de teoria da imprevisão renovando o pensamento medieval e permitindo o entendimento de que o estado de fato poderia afetar a execução da obrigação, diferentemente do que se observava no medievo.

Foi após o ressurgimento da teoria da imprevisão que se originou a onerosidade excessiva como condição da teoria. Isso ocorreu fundado na posição justinianeia, cuja preocupação se direciona à formação do contrato e de seu equilíbrio. A onerosidade excessiva deve ser aplicada separada da teoria da imprevisão, e não como seu requisito.

A justificativa para a utilização da onerosidade excessiva de maneira autônoma à teoria da imprevisão, é que para esta além de fundar-se no equilíbrio contratual, considera-se a existência de enriquecimento e prejuízo inesperado e imprevisível para uma das partes. Enquanto que para a onerosidade se dispensam todos os requisitos. Basta apenas que durante a execução aconteça um fato que influencie no cumprimento da obrigação, tornando insuportável o cumprimento. Portanto, qualquer das partes poderá pleitear a mudança do modo de execução.

Desta forma, o teor do artigo 480 do Código Civil deveria prever a possibilidade das partes mudarem o modo de execução, e não apenas um deles. Assim, estaria preservando o equilíbrio contratual em respeito à autonomia privada, fundado nas cláusulas gerais e nos conceitos legais indeterminados, cujo escopo precípua é evitar lesão.

Portanto, quando o artigo 480 traz a onerosidade excessiva, esta deve ser entendida como fenômeno jurídico que gera desequilíbrio contratual por conta da insuportabilidade da execução do contrato que pode afetar as duas partes contratantes. Cabe notar ainda que a redação do artigo 478 do Código Civil traz os requisitos da teoria da imprevisão, quais sejam vantagem extrema, acontecimento extraordinário e imprevisível.

O artigo em comento trata da ocorrência da onerosidade excessiva, pois faz referência ao cumprimento da prestação assumida. Assim, todos os requisitos colacionados perdem efeito. Obviamente, não cabe a aplicação dos requisitos da teoria da imprevisão que tratam de acontecimentos anteriores à execução do contrato.

Os requisitos excessiva onerosidade, vantagem extrema e o acontecimento extraordinário colacionados no artigo 478 são de difícil caracterização. Além disso, dependem do caso concreto e apresentam grau de subjetividade.

A análise do teor do artigo 479 do Código Civil deixa claro ser possível evitar a resolução do contrato se a outra parte, o réu, se oferecer a modificar equitativamente a condição objeto da discussão no caso concreto. Sem, contudo, prever adequação por força da sentença. Assim, a seção IV do capítulo II do Código Civil, que trata da resolução por onerosidade excessiva, deveria receber a denominação de onerosidade excessiva.

A título de *lege ferenda*, os artigos em comento deveriam receber nova redação:

a) Artigo 478. Caracteriza-se a onerosidade excessiva quando para qualquer das partes houver fato que provoque o desequilíbrio no cumprimento das prestações, capaz de gerar a impossibilidade do seu cumprimento;

b) Artigo 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu, a modificar equitativamente as condições do contrato ou por decisão judicial;

c) Artigo 480. Nos contratos de execução continuada ou diferida se a prestação se tornar insuportável para qualquer das partes de modo a afetar o equilíbrio contratual, poderão pleitear a redução ou a alteração do modo de execução para evitar a onerosidade excessiva.

A nova redação do artigo 478 caracteriza objetivamente a ocorrência do fenômeno jurídico da onerosidade excessiva. Enquanto que o artigo 480, restabelece o equilíbrio contratual pautado na autonomia privada, adequando-se o contrato à nova realidade e evitando lesão, além de ressaltar a confiança.

Desta forma, poder-se-á contribuir à redução da crise da confiança que é base do negócio jurídico, inclusive o fiduciário, além de valorizar a socialização, a finalidade do contrato, a circulação de riquezas e a manutenção da sua função social.

Ao reconhecer a onerosidade excessiva como fenômeno que somente pode ocorrer durante a execução das prestações, o Código Civil trilha a mesma esteira do Código de Defesa do Consumidor, isto é, evitar a desproporcionalidade da prestação para que não ocorra lesão, pautado na moldura constitucional do princípio da dignidade humana.

O fato novo deve ocorrer durante a execução da prestação. Portanto, não pode pretender mudar a vontade declarada no momento em que o negócio foi efetivamente concretizado, como, por exemplo, a vontade de contratar declarada. Seria necessário que durante a execução aparecesse um fenômeno novo que justificasse a mutabilidade das condições da prestação ou modo de cumprimento, sem alterar a vontade declarada de contratar ou de mantê-la efetivada.

O reconhecimento do fenômeno da onerosidade excessiva busca o equilíbrio contratual e evita lesão. Estas preocupações vem sendo consideradas desde os romanos e encontram amparo nas regras justinianas. Modernamente, recebe a proteção dos Códigos Civil e de Defesa do Consumidor quando prevem a possibilidade de adequação do contrato e seu cumprimento, fundado na boa-fé e respeitado a função social.

É importante verificar o equilíbrio desde as tratativas à materialização do contrato. Caso não ocorra, aplica-se a teoria da imprevisão, porém se o fato é novo e surgiu durante a execução, aplica-se a onerosidade excessiva para preservar a relação entre a prestação e a contraprestação.

Portanto, pelo instituto da onerosidade excessiva se mantém a vontade das partes e o equilíbrio tanto dos originários da época da contratação como durante a execução. Isso ocorre para preservar o equilíbrio das partes, da prestação e contraprestação como destaque da confiança que os vinculou.

A ocorrência de fenômenos capazes de impossibilitar o cumprimento da obrigação para quaisquer das partes, deverá ser analisada à luz da possibilidade da aplicação da onerosidade excessiva com a finalidade de assegurar o equilíbrio entre a prestação e a contraprestação. Para tanto, cabe a aplicação do artigo 480 combinada com o artigo 317 do Código Civil que trata do equilíbrio entre o valor da prestação devida e o montante de sua execução. Isto porque existem duas situações diferentes, a da prestação devida e o que é exigido.

Certamente que, para a aplicação da onerosidade excessiva trazida pelo artigo 480 tanto do constante no atual Código Civil quanto daquele a título de *lege ferenda*, o poder hermenêutico do interprete permeará as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados, identificando a função social, a boa-fé objetiva, para poder aplicá-lo.

É claramente observado o dirigismo contratual que proporciona a efetividade da autonomia privada na busca do equilíbrio contratual das relações obrigacionais existentes para evitar lesão. Nesse momento, dialogam complementarmente o Código Civil e o de Defesa do Consumidor. Ambos estão vinculados pela verticalidade dos princípios constitucionais, em específico o da dignidade da pessoa humana, que também é fundamento da república. Desta forma, a confiança acaba sendo sedimentada, uma vez que é elemento fundante do vínculo estabelecido no negócio jurídico, em especial da alienação fiduciária em garantia de coisa móvel, objeto dessa dissertação.

A questão do Código de Defesa do Consumidor ser resultante de direito fundamental, dialogando com o sistema civil, necessita de estudos mais aprofundados, não tendo sido desenvolvido nesse trabalho.

Modernamente, a imutabilidade das relações jurídicas não deve refletir a garantia da segurança jurídica como outrora. Pelo contrário, para que haja segurança jurídica o seu fundamento deve ser a equidade contratual que caminha numa nova esteira, a da boa-fé objetiva, fundada na função social do contrato e sob o comando emergente e supremo do princípio da dignidade humana.

A preocupação não se restringe apenas à seara civil. O Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 6º, V traz a previsão da onerosidade excessiva que se caracteriza com a ocorrência de fatos supervenientes a contratação pautado no princípio da equivalência contratual. Novamente, fica caracterizada a autonomia da onerosidade excessiva com relação à teoria da imprevisão.

A Constituição Federal deve coordenar a intercormunicação sistêmica, ou ainda, o diálogo das fontes. Isso ocorre para auxiliar na aplicação finalista do conceito de consumidor que permite ao Código de Defesa do Consumidor assegurar o equilíbrio contratual pautado na manutenção da confiança (sustentados pelo princípio da dignidade humana).

A ocorrência da onerosidade excessiva no contrato de alienação fiduciária em garantia de coisa móvel afeta diretamente a segurança da relação contratual pautada na confiança. Essa confiança deve ser preservada por conta da manutenção do equilíbrio contratual, a fim de evitar lesão, com espeque na garantia da dignidade dos contratantes.

Ao visar a máxima efetividade do resultado normativo dos dois códigos, ambos devem estar em constante diálogo de complementariedade para

garantir a finalidade e o equilíbrio contratual. Com isso, proporcionam a eficácia e efetividade do respeito às cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, destacando a boa-fé objetiva pautada na função social do contrato. Isso reforça a confiança esperada pelas partes desde o momento das tratativas iniciais até a execução do contrato.

O resultado desse diálogo hermenêutico levará ao resgate da confiança que é responsável pelo vínculo do negócio jurídico. Por sua vez, o vínculo deve ser entabulado e respeitado como forma de fomento do negócio jurídico refletindo no meio social cuja finalidade central é fornecer a máxima efetividade do princípio da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, José de. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ACATALAN, Marcos Jorge; DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord). **O novo código civil brasileiro: uma leitura da redução do negócio jurídico e sua importância no processo hermenêutico. Questões controversas. Parte geral do código civil**. São Paulo: Método, 2007. (Série Grandes Temas de direito Privado v.6).

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Cosntitucionales, 1997.

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. A igualdade nas relações de consumo: Interferência do poder público nas atividades privadas. **Revista Jurídica da Faculdade de direito da Alta Paulista**, Tupã, n. 4, 2001.

ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. **Direito romano**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. **O negócio jurídico no projecto de código civil brasileiro (análise comparativa com o Código Civil Português de 1975)**. Lisboa: ENPC Oficinas Gráfica, 1980. (Separata do Boletim do Ministério da Justiça).

AMARAL, Francisco. **Direito civil introdução**. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Direito civil: introdução**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2002. v.2.

ASCARELLI, Tullio. **Negócio jurídico indireto**. Lisboa: Jornal do Fôro, 1965.

ASSUMPÇÃO, Márcio Calil de. **Ação de busca e apreensão decorrente de alienação fiduciária em garantia**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Prisão civil por dívida**. 2.ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José; CHENSO, Marina. **Políticas públicas: aspectos hermenêuticos do direito à saúde, sob a égide da política social constitucional brasileira** (In mimeo).

BARBOSA, Mário Figueiredo. **Autonomia da vontade**. Salvador Bahia: J.M. Gráfica e Editora Ltda. Tombamento patrimonial 790134, UFBA, 20-06-2005.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra, 1969. t.1.

_____. **Teoria generale delle obbligazione: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione**. Milano: Giuffrè, 1953.

BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos comerciais**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Teoria da imprevisão: dos poderes do juiz**. São Paulo: RT, 1994.

BORGES, Nelson. **A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil: com referências ao código civil de 1916 e o novo código civil**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. <http://www.stj.gov.br>.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 1997.

CANUTO, Elza Maria Alves. **Alienação fiduciária de bem móvel**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CARVALO, Daniel Melo Nunes de. O direito do consumidor à informação na fase pós-contratual. **Revista Direito Universitas/Jus**, Centro de Estudos de Brasília, julho de 2005, n.12, Brasília: Uniceub, 1998.

CASSETTARI, Chistiano; DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord). **O novo código civil brasileiro a influência da principiologia da nova teoria geral dos contratos na análise dos defeitos dos contratos de fiança locatícia: questões controvertidas. direitos obrigações e contratos**. São Paulo: Método, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. O direito do consumidor no limiar do século XXI. **Revista da Associação dos magistrados brasileiros**, AMB. Cidadania e Justiça, Rio de Janeiro, v. 3, n. 7, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

CRETELA JUNIOR, J. Curso de direito romano. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DEDA, Artur Oscar de Oliveira. *Alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: RT, 2000.

DEL NERO, João Alberto Schützer. Do "Estado Liberal" ao "Estado Social": o caso do direito privado? **Revista Notícia do Direito Brasileiro Nova Série**, n. 3, 1º. sem. De 1997. Brasília: UNB, 1998.

DEL NETO, João Alberto Schutzaer. Do "Estado Liberal" ao "Estado Social": O caso do Direito Privado? **Revista Notícia do Direito Brasileiro. Nova série**, nº. 3 - 1º. Semestre de 1997. Fundação Universidade de Brasília. Brasília: Separata Universidade de Brasília, 1997.

DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord); AZEVEDO, Álvaro Villaça. *O novo código civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial onerosidade excessiva (Laesio Enormis). questões controvertidas. direitos obrigações e contratos. série grandes temas de direito privado*. São Paulo: Método, 2006. v.2.

_____. TARTUCE, Flávio. **A revisão do contrato pelo novo código civil. crítica e proposta de alteração do artigo 317 da Lei 10.406/02**. Questões controvertidas. direitos obrigações e contratos. série grandes temas de direito privado. São Paulo: Método, 2003. v.1.

DENSA, Roberta. **Direito do consumidor: relação jurídica de consumo**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2006. (Série Leituras, v.21).

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais**. São Paulo: Saraiva, 2005. 3v.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil à luz do novo código civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERRARO, Valkíria A. Lopes; COSTA, Adriana Adelis Aguiar da; COSTA, Antonio Augusto da (et al). Breves considerações sobre a boa-fé objetiva como limite ao princípio da autonomia privada. **Revista Jurídica da Unifil**, Londrina. v. 3, n. 3, 2005.

FERREIRA, Geraldo Sobral. A "Teoria da Imprevisão" na visão Ecológica de Carlos Cossio. **Revista Ângulos dos Estudantes de Direito da UFBA**, Salvador, n. 19, Ângulos, 1998.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Ação de busca e apreensão em propriedade fiduciária**. São Paulo: RT, 2005.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 8.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.1.

_____. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. v.4, t.1.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.1.

_____. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2006. v.3.

GONÇALVES, Cássio Frederico; PEREIRA, Marinho. Autonomia da vontade e dirigismo contratual. **Revista Jurídica dos Formandos em Direito da Ufba**. v. 9, n.13, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GUERRERO, Camilo Amadio; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord). **O fundamento científico da função social da propriedade intelectual: função do direito privado no momento atual da história**. São Paulo: RT, 2006.

HESPANHA, Benedito. Teoria da imprevisão no direito brasileiro e no mercosul. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 9, n. 9, 1996.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. A autonomia privada e a constituição. **Revista da Procuradoria Geral do INSS**, v. 6, n. 1, 1999.

HESSE, Conhad. **Derecho constitucional e derecho privado**. Madrid: Civitas, 1995.

HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord); BARROS, André Borges de Carvalho. **Direito contratual**. temas atuais. princípio da conservação dos contratos. São Paulo: Método, 2007.

HIRONAKA, Giselda M. F. ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Direito dos contratos: direito civil**. São Paulo: RT, 2008. v.3.

IRTI, Natalino. Autonomia privada e forma di stato: intorno al pensiero di Hans kelsen. **Rivistadi Diritto Civile**, Milano, n. 1, p. 15-23, 1993.

JUSTO, A. Santos. Direito privado romano II. Direito das obrigações. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. Coimbra editora, 2003.

KHOURI, Paulo Roque. A onerosidade excessiva nas relações de consumo e a teoria da imprevisão. **Universitas/Jus**, Brasília, Faculdade de Direito do DF. Centro Universitário de Brasília - CEUB, n. 2, 1998.

LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**. Granada: Editorial Comares, 2002.

LEAL, Luciana de Oliveira. A onerosidade excessiva no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 21, 2003.

LIMA, Frederico Henrique Veigas de. **Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel**. Curitiba: Juruá, 2001.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1996. v.3.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998.

LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1-2.

LOTUFO, Renan (Coord); FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. **Direito civil constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 1999. (Caderno I).

LOTUFO, Renan. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. (Coord); SAMPAIO. Laerte Marrone de Castro. **A boa-fé objetiva na relação contratual**. São Paulo: Manole, 2004. (Cadernos de Direito Privado. Série Escola da Magistratura Paulista. v.1).

MAMEDE, Gladston. **Direito do consumidor no turismo**. São Paulo: Atlas, 2004.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 5.ed. São Paulo: RT, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima (Coord); DUQUE, Marcelo Schenk; NORDEMIER, Carl Friedrich (et al). **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: RT, 2007.

_____. BENJAMIM, Antonio Herman. MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2.ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. BENJAMIM, Antonio Herman. MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 3.ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5.ed. São Paulo: RT, 2006.

MATINS-COSTA, Judith Hofmeister (Orient.). PARGENDLER, Mariana Souza. **A ressignificação do princípio da autonomia privada**: o abandono do voluntarismo e a ascensão do valor de autodeterminação da pessoa. Disponível em: <<http://ufrgs.br/propesq/livro2/artigo-mariana.htm>>. Acesso em: 17 jun. 2008.

_____. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 3, p. 127-154, set/dez. 1992.

MARTINS-COSTA, Judith; DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord). **O novo código civil brasileiro: método de concreção e a interpretação dos contrat: Primeiras nots de uma Leitura suscitada pelo código civil. Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos**. São Paulo: Método, 2005. (Série Grandes Temas de direito Privado v.4).

_____. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 753, jul.1998.

MATTIUZO JÚNIOR, Alcides. A Teoria da Imprevisão e a revisão dos contratos no novo código civil. **Revista Jurídica da UNIRONDON**, Cuiabá, n. 3, 2001.

MAULAZ, Ralph Batista de. As espécies normativas: seus conflitos e suas distinções na doutrina constitucional. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, v. 3, n. 4, maio. 2009.

MAZZEI, Rodrigo Reis; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord). **A função social da propriedade: uma visão pela perspectiva do código civil de 2002: Função do direito privado no momento atual da história**. São Paulo: RT, 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Prisão civil por dívida e o pacto de San José da Costa Rica. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MELLO, Henrique Ferraz de. NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord). **Função social da propriedade e sua repercussão no registro de imóveis: função do direito privado no momento atual da história**. São Paulo: RT, 2006.

MELLO, Sônia Maria Vieira de. O direito do consumidor na era da globalização. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MEZZARI, Mario Pazutti. **Alienação fiduciária da lei n°. 9.514 de 20-11-1997**. São Paulo: Saraiva, 1998.

MIRANDA, Custódio de Piedade U. Autonomia privada: conceito, atuação e limites. Artigo. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, Autarquia Municipal. São Bernardo do Campo, v. 7, n.9.

_____. Teoria geral do direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MIRANDA, Pontes de. **Fontes de evolução do direito civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. Parte Geral. Tomo 3.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v.1. Parte Geral.

MÜLLER, Mary Stela; CORNELSEN, Julce Mary. **Normas e padrões para teses, dissertações e monografias**. 6.ed. Londrina: Eduel, 2007.

NADER, Paulo. Curso de direito civil: contratos. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.3.

NEHME, Jorge Elias. Autonomia da vontade e seus limites à luz do novo código civil. **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá**, Cuiabá, v. 9, n. 1, jan/jun. 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 6.ed. São Paulo: RT, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria de. **O novo código civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: RT, 2008.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais** (Autonomia Privada, Boa-fé, justiça Contratual). São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEDROTTI, Irineu Antonio. **Arrendamento mercantil (Leasing) e alienação fiduciária**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

PEREIRA, Alexandre Pimenta Batista. **Negócio jurídico inoficioso**: contributo à teoria da redução do negócio jurídico. São Paulo: Editora Pillares, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 4.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.1

_____. **Instituições de direito civil**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.2.

_____. **Instituições de direito civil**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.3.

_____. **Instituições de direito civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v.4.

PLANIOL, Marcelo; RIPERT, Georges. **Tratado practico de derecho civil frances: lãs obligaciones**. Habana: Cultural, 1946. t.6.

PORTELA, Rita de Cássia Barros Guia. Onerosidade excessiva na relação de consumo. **Revista dos Juizados Especiais do Distrito Federal**, v. 12, n. 24. Brasília, DF.: TJ DF, 2008.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. **Prisão civil e os direitos humanos**. São Paulo: RT, 2004.

RAÓ, Vicente. **Ato jurídico**: noção, pressupostos, elementos essenciais e accidentais: o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4.ed. São Paulo: RT, 1997.

REALE, Miguel. **Estudos preliminares do código civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Lições preliminares de direito. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. Alienação fiduciária e o fim da prisão civil. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Garantia fiduciária**. 3.ed. São Paulo: RT, 2000.

RIBEIRO, Eduardo Andrade. O negócio jurídico. **Revista da EMERJ especial**, v.1, Parte I, fev./jun. 2002. Rio de Janeiro: Gráfica do TJ/RJ, 2003.

RIZZARDO, Alnaldo. **Contratos**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral das obrigações. 30.ed. São Paulo: Saraiva. 2005. v.2.

SENA, Jaqueline Santa Brígida. Teoria da ação comunicativa habermasiana e a produção da normatividade. **Revista Jurídica PUC**, Campinas, v. 22, n. 1. jan. 2006.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. 17.ed, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. Hermenêutica jurídica: a linguagem como pressuposto fundamental. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, n. 12. 2005.

SILVA, Rafael Peteffi da; DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord). **O novo código civil brasileiro**: negócios jurídicos com eficácia limitada e o novo código civil. Questões controvertidas. Parte geral do código civil. São Paulo: Método, 2007. (Série Grandes Temas de Direito Privado v.6).

SOARES, Renzo Gama; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord). **Breves comentários sobre a função social dos contratos**. Função do direito privado no momento atual da história. São Paulo: RT, 2006.

SOUZA, Wagner Mota Alves. A co em face da doutrina cláusula rebus sic stantibus, A teoria da pressuposição e a teoria da base do negócio jurídico em face da doutrina Nemo Potest Venire Contra Factum Proprium - O primado da coerência e as situações de certeza subjetiva. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, n. 12, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. Teoria geral dos contratos e contratos em espécies. 5.ed. São Paulo: Método, 2010. v. 3.

TARTUCE, Flávio; DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord). **O novo código civil brasileiro**: A revisão do CONTRATO pelo novo código civil. Crítica e proposta de alteração do artigo 317 da Lei 10.406/02. Questões controvertidas. Direitos obrigações e contratos. São Paulo: Método, 2003. (Série Grandes Temas de Direito Privado, v.1).

TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org); KONDER, Carlos Nelson. Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v.2.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direito 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. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TIUJO, Edson Mitsuo. Da onerosidade excessiva nos contratos. 2006. Dissertação (Mestrado) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina. 2006.

TOMASZEWSKI, Adauto (Coord); BENFANTTI, Fábio Fernandes Neves; NORTE, Janaína Braga et al. **Lições fundamentais de direito**. negócio jurídico. Londrina: Midiograf - Gráfica e Editora, 2006. v.2.

TORRES, Antonio Carlos Esteves. Direito do consumidor: visão empresarial. **Revista da EMERJ** - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 1998.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10.ed. Coimbra: Almedina, 2000. v.1.

VELTEN, Paulo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord). Função social do contrato: cláusula limitadora da liberdade contratual. Função do direito privado no momento atual da história. São Paulo: RT, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2009. v.2.

WALD, Arnold, **Curso de direito civil brasileiro**: obrigações e contratos. 11.ed. São Paulo: RT, 1994.