

**Direito da Empresa
e do Consumidor**



Pós-Graduação

**Profª Têmis Chenso Rebelo
Revisão Judicial dos Contratos**

1. O contrato e o contratualismo na atualidade

A recente história nacional, resgatando a Democracia a partir de da promulgação da atual Constituição Federal, em cinco de outubro de 1988, passa a estabelecer como fundamentos da República Federativa do Brasil¹ a dignidade da pessoa humana e os valores do trabalho e da livre iniciativa, e como seus objetivos² a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos.

Na sequência a Constituição Federal passa a encartar inúmeros princípios e regras, os quais regem todo o restante do ordenamento jurídico, a exemplo da legislação Civil e Consumerista³, visando unicamente a realização de tais fundamentos e objetivos, aos quais todo o ordenamento deve convergir.

Esta nova compreensão do ordenamento, de forma a não mais se satisfazer à constitucionalidade de uma norma pela não colidência ao ditame constitucional, mas a exigir que quando da sua aplicação e interpretação esta vise a concretização dos valores protegidos constitucionalmente, atingindo, inclusive, a esfera privada de auto-regulamentação de interesses.

Este movimento de reinterpretação de todo o Direito privado à luz da Constituição Federal, e que se diga, não é exclusividade brasileira, atinge de forma incisiva a teoria contratual, que em sendo o típico campo de atuação de interesses individuais, em uma perspectiva Civil-Constitucional acaba por se desvencilhar da tradição patrimonialista da velha concepção civilista calcada no Código de Napoleão, passando a traduzir-se como instrumento voltado ao atingimento do bem-comum.

Esta profunda alteração na disciplina contratual não se restringe ao aparecimento de inúmeras espécies de novas entidades contratuais, como os contratos massificados, mas também em uma verdadeira alteração no quadro conceitual clássico de contrato que passa a sofrer diretamente a ingerência de normas de ordem pública visando a imposição de garantias mínimas a assegurar a dignidade dos sujeitos envolvidos no negócio jurídico contratual, não mais considerados como meros contratantes, mas antes, como pessoas humanas.

¹Art. 1º da CF: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

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

V – o pluralismo político.

²Art. 3º da CF: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

³Art. 5º da CF:

[...]

XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

O foco de atenção do sistema jurídico deixa de ser o objeto, a coisa, enfim, o patrimônio a que se refere o contrato, principal meio de realização da livre iniciativa⁴, e passa a ser a pessoa humana que por ele se obriga a ser primordialmente tutelada pelo ordenamento jurídico.

Torna-se obsoleta a anteriormente nítida distinção entre o Direito Público, no qual havia a regulamentação entre a Administração Pública e o cidadão, e o Direito Privado, âmbito exclusivo dos particulares na consecução de seus interesses e ao qual deveria o Estado se abster completamente.

O atual Estado brasileiro, enquanto Estado-Social, ao garantir condições mínimas de vida digna ao ser humano, intervém em todos os relacionamentos no qual o particular se envolve, fixando limites, restrições e garantias, visando o equilíbrio entre os sujeitos contratantes, não lhes sendo dado dispor de tais normas.

Desta forma, como já mencionamos em outro lugar,

misturando o Estado suas determinações às disposições dos contratantes, deixa o contrato de conter regulamentações puramente particulares e passa a ser também instrumento de realização dos valores constitucionais da isonomia (não apenas formal, mas material), e da solidariedade, da dignidade da pessoa humana e do bem-comum, abandonando seu fim egoístico e lhe sendo atribuída uma finalidade social (RABELO, 2006, p.13).

As atenções de toda a sociedade voltam-se ao contrato como o instrumento que viabiliza a liberdade econômica, mas que neste intuito não pode tornar-se meio de opressão do forte pelo fraco, ou de reflexos negativos a economia, ao meio-ambiente ou a qualquer outro aspecto de interesse da coletividade.

Ao contrário, em razão da finalidade social que ora lhe é imposta, deve ser meio de circulação de riquezas, de geração de empregos, de renda, de impostos, de progresso, forçando uma readequação da ordem contratual aos ditames constitucionais.

O contrato como meio de realização da liberdade econômica comporta uma série de relacionamentos, seja envolvendo a Administração Pública (contratos administrativos), seja em relações entre fornecedores e consumidores (contratos de consumo) ou ainda em sua originária forma, no relacionamento entre particulares (contratos civis).

E é justamente neste último e mais tradicional relacionamento que as maiores dificuldades de adequação do contrato aos interesses de toda a sociedade vem se apresentando. Talvez por secularmente abranger os interesses puramente privados e individualistas das partes envolvidas, as quais, diferentemente das relações de consumo apresentam-se em paridade de condições jurídicas, ainda é novidade ao aplicador da norma ou ao seu intérprete compreender o contrato civil entre particulares com uma finalidade social.

Talvez por esta razão, por prever tal dificuldade, que o legislador do texto legal vigente do Código Civil tenha sido tão criterioso ao remeter o leitor invariavelmente aos princípios que nortearam a sua redação, quais sejam: eticidade, socialidade e operabilidade.

⁴Art. 170 da CF: 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:

A operabilidade visa a efetividade de suas disposições, a partir da mobilidade do sistema que, dotado de válvulas especiais, denominadas cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, possibilitam uma maior adequação na aplicação da norma ao caso concreto.

A eticidade busca a valorização da conduta correta, proba, digna, leal, manifestada na norma jurídica pela boa-fé, aludida em mais de 50 artigos.

Especialmente quanto à disciplina contratual, tal mandamento ético é imposto em todas as fases de sua formação, desenvolvimento e conclusão, impondo aos sujeitos deveres de proceder bem sob pena de mácula ao pacto firmado.

Finalmente, a socialidade mostra-se pela preocupação do legislador com a mudança de foco da lei, passando-se a conjugar o interesse individual com o interesse coletivo. Tais alterações fazem-se presentes tanto nas relações familiares, quanto nas de propriedade como e especialmente nas contratuais.

Os pactos como instrumentos de circulação de riqueza e aquisição da propriedade, requerem ser compreendidos como meios de efetivação do bem comum, a medida em que efetivarem a sua função social.

2. Premissas conceituais dos contratos

O atual Código Civil repetiu com poucas alterações o texto do Código de 1916, no que se refere aos elementos constitutivos do negócio jurídico⁵, gênero no qual o contrato se insere.

Deste modo verifica-se que além de suas particularidades específicas, como qualquer outro negócio jurídico, se faz necessário ao contrato o seguinte:

a) Os sujeitos contratantes

Relativamente às partes contratuais, a capacidade se desdobra sob dois aspectos específicos: a capacidade propriamente dita e a legitimação.

A capacidade propriamente dita requer do sujeito contratante a observância dos requisitos mínimos de idade e de discernimento. A menoridade é perfeitamente suprável por meio de representação, assistência ou mesmo pela emancipação do menor pelos pais ou outras causas, como o seu casamento, não constitui óbice à contratação. De fato, é bastante corriqueiro encontrar-se contratação realizada por menores seja ao adquirir produtos junto a um supermercado ou padaria, ou em tantas outras hipóteses. Seria tal fato impeditivo da contratação? Por certo que não.

Há que se lembrar que o contrato é por essência um instrumento popular. Todos contratamos e contratamos o tempo todo. O simples fato de tomarmos um transporte para o trabalho ou estudo já constitui um contrato, muito embora por vezes sequer lembremos que estamos diante de um instrumento jurídico.

⁵Art. 104 do CC: A validade do negócio jurídico requer:

I – agente capaz;

II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III – forma prescrita ou não defesa em lei.

As limitações impostas pela lei, no que se refere à capacidade, redundam, como bem frisou o legislador na *validade jurídica* do contrato, e não na sua existência ou validade fática e econômica. Em verdade, é bastante corriqueiro verificar-se a existência de falhas técnicas nas contratações, as quais não impedem a realização da operação econômica almejada.

Contudo, nada impede que tais falhas venham posteriormente ser alegadas em juízo, e aí sim obter-se o reconhecimento de inexistência jurídica da contratação.

Tal situação também pode ser constatada perante os contratos celebrados pelas pessoas jurídicas, os quais muitas vezes, ainda que tenha havido uma contratação útil (e até mesmo necessária), ao deixar de obedecer seus estatutos e contratos sociais padecem de nulidade. Assim, há que se observar os instrumentos constitutivos da empresa, posto que os gerentes, diretores não são a pessoa jurídica, mas seus meros representantes, ainda que tenham participação no quadro societário ou associativo e, portanto, subordinam-se ao que a assembléia ou quadro societário tenham deliberado.

Mas as irregularidades não ocorrem unicamente por força da falta de idade mínima, ausência de representação ou assistência, ou falta de poderes específicos conferidos pelo contrato social, mas também por ausência de legitimação para o ato.

A legitimação pode ser entendida como a exigência específica que a lei impõe para a existência e validade de determinados negócios jurídicos. Em muitos casos embora haja a maioria e o uso e gozo das faculdades mentais, o agente somente poderá realizar validamente determinada contratação se obtiver de seu cônjuge a outorga uxória ou marital.

Veja que tal legitimação do ato, embora seja exigência legal, se dá mediante a participação ou ciência de outro sujeito a que a lei visou proteger, sob pena da invalidação do ato.

Assim, embora na realidade fática a contratação possa ocorrer e ser até proveitosa aos parceiros contratuais, juridicamente será considerada inexistente por descumprimento do requisito subjetivo legal.

b) o objeto da contratação

Importante ressaltar ao tratar do objeto da contratação, que mais que lícito, possível determinado ou determinável, ele redunda sempre em uma operação econômica. Neste sentido, Roppo assim coloca a questão:

As situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na idéia de *operação econômica*. De facto, falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, directa ou mediatamente – para a idéia de operação econômica (ROPPO, 1998, p.8).

O contrato antes de ser jurídico deve ser considerado como fato social. Foi justamente pela necessidade da realização de operações econômicas, reconhecidas como válidas perante terceiros e o Estado que houve a regulamentação jurídica do contrato.

E esta submissão das operações econômicas a um sistema de regras cogentes, passíveis de se fazerem cumprir mediante o uso da força, a que hoje se denomina contrato, se mostra tão antiga quanto a própria idéia de circulação de riqueza e cuja evolução acompanhou o próprio desenvolvimento das civilizações.

Compreende-se neste ambiente como operações econômicas àquelas objetivamente consideradas como capazes de realizar a circulação de riquezas, tais como bens, dinheiro ou mesmo uma obrigação de fazer ou não-fazer favorável ao contratante. Desconsidera-se toda a subjetividade decorrente das

intenções de lucro, ou de bom negócio ainda que concretamente sejam o motivo que impulsionou o sujeito a realizá-la. Basta a ocorrência da economicidade, ou seja, da possibilidade de se aferir monetariamente do objeto da contratação.

Assim, pela realização da operação econômica a livre iniciativa vem a ser realizada, mas para tanto, deve atender aos ditames da justiça social, de onde se conclui que esta operação econômica encontra-se limitada por normas de ordem pública.

De fato, ao determinar a licitude do objeto visa o Estado impedir que o particular, no atendimento de seu interesse pessoal, venha a prejudicar terceiros ou a si mesmo. Por esta razão verifica-se a imposição de tantas restrições e exigências para venda de medicamentos, imóveis, bebidas alcoólicas dentre outros.

Da mesma forma, de nada adiantaria o Estado impedir a inviabilidade jurídica do objeto e permitir que a inviabilidade física ou fática de sua realização. Inúmeras seriam as contratações de bens e serviços cujo cumprimento seria impossível a ensejar dano aos sujeitos contratantes.

Finalmente a determinabilidade do objeto da contratação, visando sua própria realização, ainda que mediante sanção.

c) a forma e o formato

Outro requisito para a validade jurídica da contratação é a obediência à forma prescrita na lei. A obediência à formalidade significa cumprir o que a lei determinou (no que se inclui o próprio pacto) para que haja o reconhecimento jurídico de tal acordo de vontades.

Logo, para diversas contratações há a imposição de determinadas formalidades como a forma escrita para os contratos de doação (salvo as de valor módico como uma cesta básica a uma instituição de caridade), a escritura pública e registro para compra e venda de imóveis, entre tantas outras possibilidades.

Mas a forma não se confunde com o formato pelo qual a contratação se apresenta ao contratante. E na atualidade, na grande maioria das contratações celebradas junto a grandes lojas, seguradoras, instituições financeiras, operadoras de cartões de crédito e até mesmo nas locações, a contratação por adesão se mostra iminente, celerizando o processo e padronizando as cláusulas e serviços prestados.

De fato seria impossível a uma instituição financeira ter um contrato específico para cada consumidor que buscasse um determinado produto ou serviço como mútuo, conta-corrente, investimento ou outro.

Assim, o que se mostra lesivo não é em si o formato, mas sim o conteúdo imposto nas cláusulas previamente estipuladas, as quais infringem preceitos da legislação civil e consumerista, quando não as próprias normas constitucionais.

Por esta razão o contrato por adesão é previsto na lei e reputado válido⁶, apenas ensejando a análise dos termos nele predispostos, bem como uma interpretação mais favorável ao aderente⁷.

⁶Art. 54 do CDC: Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo;

⁷Art. 47 do CDC: As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Art. 423 do CC. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

d) a boa-fé e seus deveres anexos

Com a entrada em vigência do Código Civil de 2002, verificou-se a preocupação do legislador com a fixação de alguns princípios que nortearam toda a edição e sistematização das normas ali inseridas, quais sejam, o princípio da socialidade, da operabilidade e da eticidade. Este último visa a valorização da conduta correta, proba, digna, leal, manifestada na norma jurídica pela boa-fé, aludida em mais de 50 artigos no todo do texto do Código, asseverando seu idealizador Reale (2002) em suas considerações ao Projeto do Código Civil:

Não era possível deixar de reconhecer, em nossos dias, a indeclinável participação dos *valores éticos* no ordenamento jurídico, sem abandono, é claro, das conquistas da *técnica jurídica*, que com aqueles deve compatibilizar. [...]

Frequente é no Projeto a referência à probidade e a boa-fé, assim como à correção (*correttezza*) ao contrário do que ocorre no Código vigente, demasiado parcimonioso nessa matéria, como se tudo pudesse ser regido por determinações de caráter estritamente jurídicas (REALE, 2002, p.12).

A inserção da boa-fé como norma jurídica redundante na corporização do ético no jurídico, de modo que ao positivá-la nada mais fez que possibilitar tanto ao sujeito, quanto ao magistrado uma saída satisfatória, capaz de evitar a imoralidade da atuação das partes e a conseqüente depreciação do Direito.

Percebe-se que o legislador adotou no texto da lei a boa-fé em suas duas acepções, quais sejam subjetiva e objetiva.

A subjetiva analisa o estado do sujeito, caracterizado pelo desconhecimento ou ignorância de certos fatos, ou como ignorância desculpável, ou ainda como uma consciência de determinados fatores. É, portanto, interna e individual, não se pautando pela conduta da coletividade. Nos dizeres de Gomes

É a crença na titularidade de um direito que a pessoa não tem. Não porque age de forma ilícita e sim porque desconhece eventual vício existente – e ignorado – no negócio jurídico por ela realizado (GOMES, 2004, p.179).

A boa-fé interna ao sujeito, embora utilizada em várias passagens pela legislação civilística não se mostra adequada à matéria contratual, como alerta Nalin (1998):

Exige a atual conjuntura dos contratos uma manifestação desprendida de subjetivismo, em que possam os contratantes, independentemente do pólo contratual que ocupem (credor ou devedor), ou da fase de execução da obrigação em análise, atingirem a plena possibilidade de satisfação de seus interesses econômicos. Não é dada a possibilidade de frustração das legítimas expectativas contratuais formuladas na esfera jurídica de qualquer dos contratantes, devendo, ambos, proceder (conduta objetiva) **comportalmente** de boa fé (NALIN, 1998, p. 195).

Como se depreende, a boa-fé objetiva prevê uma regra de conduta de acordo com os ideais de honestidade e lealdade, agindo as partes como um modelo de conduta social, respeitando a confiança e os interesses da parte contrária que se reflete em toda a sociedade. E por esta razão, ainda que não constante do Art. 104 do Código Civil, ela foi posta pelo legislador como um requisito essencial do contrato, sem o qual o mesmo padece de nulidade, posto que sua existência tornou-se norma cogente⁸, e não mais se restringe ao não agir de má-fé, mas sim em uma conduta positiva de boa-fé.

E esta conduta positiva de boa-fé aparece, quando do contrato, pelo cumprimento dos chamados deveres anexos, que são nada mais são que deveres com relação à parte contrária, não diretamente ligados à prestação principal, mas sim ao processamento da relação obrigacional, tais como de proteção, cuidado, previdência e segurança com a pessoa e os bens da contraparte; de colaboração para o correto adimplemento do contrato; de informação, aviso e aconselhamento; de solidariedade e cooperação, e os de omissão e segredo, os quais, acompanham toda a formação, desenvolvimento, conclusão, atingindo inclusive as fases pré e pós-contratual. Dentre estes, merecem destaque os seguintes:

d.1) lealdade - O dever de lealdade encontra-se intimamente ligado à tutela da confiança. Esta visa a proteção dos interesses das partes contratantes, tanto na aproximação e formação do vínculo contratual quanto na adequação do objeto contratado aos fins queridos pelos contratantes.

A confiança implica tanto no propósito da outra parte contratante, em adimplir da melhor forma o pactuado, como também da mais célere, sem a interposição de obstáculos injustificados, ou protelações desnecessárias. Ainda, implica na crença no próprio pacto como instrumento sério e válido, como um instrumento jurídico apto a se fazer cumprir.

d.2) cooperação - implica o dever de se facilitar o cumprimento obrigacional pela parte contrária, com base nos critérios e limites usuais ditados pelos usos, costumes e boa-fé, atendendo-se deste modo o valor constitucional da solidariedade.

Ou seja, não se pode conceber atendido o dever de cooperação se agravada a situação do devedor, pelo acréscimo de encargos que o débito já lhe impõe de forma exagerada. Ao contrário deve o credor de boa-fé tanto quanto possível viabilizar o cumprimento da obrigação executando o contrato da forma que seja possível o maior proveito da parte adversa.

d.3) informação ou transparência - impõe às partes o dever de não omitir qualquer fato ou situação que devesse ser conhecido da outra parte contratante, esclarecendo todos os possíveis detalhes da contratação, a fim de que não haja dúvidas ou ignorância quanto a totalidade do conteúdo do contrato, desde o início das tratativas.

Atualmente a dinâmica contratual tem imposto um tecnicismo bastante comum aos termos insertos nos contratos. As cláusulas nem sempre se mostram compreensíveis aos contratantes, mormente quando se trata de matéria técnica relacionada, por exemplo, a questões econômico-financeiras, jurídicas, ou ainda relacionada ao próprio conteúdo do contrato, a exemplo do que ocorre com os planos de saúde, quando se mostra ininteligível ao contratante determinados termos como cefaléia (dor de cabeça), úlcera (feridas) dentre outros.

⁸Art. 422 do CC. Os contratantes **são obrigados** a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

e) a função social e a socialidade do contrato

Diversamente do que ocorria na legislação anterior, pelo atual ambiente no qual o contrato se encontra, impôs-se ao mesmo ser um instrumento funcionalizado.

A funcionalização do contrato impõe ao seu partícipe um poder-dever de condicionamento do pacto a uma finalidade; no caso da função social, a de ser socialmente útil, o que demonstra o interesse público acerca da matéria. É uma das traduções da socialidade que serviu como princípio norteador do Código Civil, superando o caráter individualista da legislação anterior.

Se trata de mais uma consequência da publicização do direito privado, ao albergar a busca a uma funcionalização do contrato, típica aos atos e contratos de direito público, mas que passa a ser necessária ao negócio privado, qual seja, a sua utilidade e o seu caráter social.

Isto porque nem sempre o individualismo característico das operações contratuais torna interessante às partes tal realização de forma funcionalizada, pelo que o Estado interveio no domínio privado editando normas cogentes, dentre elas a imposição da função social, visando tanto uma propriedade produtiva⁹, quanto visando evitar lesões a terceiros nos contratos particulares firmados, mitigando os malefícios permitidos pelo liberalismo jurídico, que não mais coaduna com a realidade social, nem tampouco a finalidade que o contrato deve atingir. Nery Junior (2003) assim se manifesta:

Isso exige mudança de mentalidade, superando-se o dogma liberal do *laissez faire, laissez passer*. Ao lado da definição jurídica de contrato (*contrato é o acordo de vontade entre duas ou mais partes para construir, regular e extinguir entre elas uma relação jurídica patrimonial*) e a da definição clássica baseada em sua função econômica (*contrato é negócio jurídico bilateral pelo qual as partes obrigam-se mutuamente à circulação de riquezas transferindo-as de um patrimônio para outro*), ambas devem vir acompanhadas, agora, de um outro elemento de magna importância, ou seja, a função social. Assim, circular riquezas, observada a função social desse acordo de vontades, com observância da boa-fé objetiva, da função social da empresa e da função social e ambiental da propriedade. Por isso falamos nos “*fins econômico-social* do contrato como diretriz para sua existência, validade e eficácia” (NERY JUNIOR, 2003, p.415-416.)

Não se trata, contudo, da superação do mero desequilíbrio econômico ou de mera questão relacionada à estipulação firmada entre as partes, campo de atuação expressa da boa-fé objetiva, que regula e limita a atuação das partes com relação à parte adversa, mas sim do reflexo social que tal contratação implica.

⁹Art. 5º da CF. 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 termos seguintes:

[...]

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

Art. 170 da CF: 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:

[...]

III – a função social da propriedade;

É assaz corriqueira a confusão havida neste âmbito. Há quem não distinga a função econômica da social, como também quem não consiga precisar as particularidades do conceito de boa-fé do de função social. Esta imprecisão acarreta uma impropriedade relativamente à abrangência e a aplicabilidade de ambos no âmbito jurídico, razão pela qual já se manifestou Theodoro Júnior nos seguintes termos:

Tema que freqüentemente é envolvido na análise do princípio ético dos contratos (boa-fé objetiva), mas que com ele não se confunde, é o da função social que hoje se atribui aos negócios contratuais.

A função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes). Já o princípio da boa-fé fica restrito ao relacionamento travado entre os próprios sujeitos do negócio jurídico (THEODORO JUNIOR, 2004, p.31).

Verifica-se que é verdadeiramente uma condicionante imposta ao princípio da liberdade contratual¹⁰ e cuja não observância igualmente macula de forma definitiva a contratação.

f) a manifestação da vontade de contratar (e a falta de opção em contratar)

Finalmente a manifestação de vontade encerra o rol dos elementos indispensáveis para a existência de um contrato.

Cada dia mais tal manifestação apresenta-se mais cerceada, a medida em que se verificam inúmeras hipóteses nas quais ao sujeito é imposta uma contratação, seja por normas de ordem pública em decorrência do interesse público, seja pela necessidade de conciliar um determinado objetivo para o qual se requer a contratação.

A primeira hipótese mencionada é a dos contratos celebrados com as concessionárias de serviços públicos. Verifica-se que ao particular não é dado escolher se deseja ou não a contratação, muito menos com quem poderia contratar. Da mesma forma, há hipóteses em que o particular vê-se compelido a uma determinada contratação não porque a desejasse diretamente, mas porque é meio para obtenção de outro objetivo. É o caso típico das aberturas de conta-salário junto a instituições financeiras.

Como fica a questão da vontade?

De fato a vontade redundante na manifestação livre e consciente no sentido de obter um bem, serviço ou produto. Não integra o requisito a motivação, ou seja, as razões subjetivas para aquela manifestação, quando muito a causa, que são as razões jurídicas, como por exemplo, o recebimento do salário.

Logo, havendo a manifestação por meio de um querer objetivo, ou seja, precisar, ainda que inexistente a subjetividade do querer, entende-se inexistente e válida a manifestação de vontade.

¹⁰Art. 421 do CC. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

3. O Pacta sunt servanda e a necessidade de sua mitigação

O Código Civil de 1916, espelhado no Código Napoleônico, foi um diploma legal tipicamente burguês. Fruto das conquistas da burguesia em ascensão nos séculos XVIII e XIX retratava uma sociedade cuja política-econômica que acabou se refletindo em toda a legislação contratual: o liberalismo.

Mais que uma doutrina política e econômica, o liberalismo tinha fundamentos morais calcados na idéia cristã de que o homem possuía valor supremo, devendo ser dotado de direitos naturais e políticos, os quais serviram de base para a construção de toda uma teoria jurídica assentada nos seguintes dogmas: 1) da oposição entre o indivíduo e a sociedade, razão pela qual o Estado deveria ter suas atividades restritas tanto quanto possível; 2) na autonomia da vontade, como elemento essencial na organização da sociedade; 3) na liberdade econômica; e 4) na afirmação, meramente formal, da igualdade e liberdade política, desconsideradas todas as condições concretas para o seu exercício. Essas concepções foram transpostas às normas jurídicas e seus respectivos ordenamentos, como elucida Castro y Bravo:

El derecho estatal – piensan – debe limitares a servir la voluntad individual y, en su caso, a completarla o suplirla, conforme a lo que pueda presumirse querido. Lo que se expresa en el axioma: “voluntas facit legem”. Estas ideas se verán consagradas primero en los textos constitucionales, respecto a los contratos, o a éstos y a propiedad, y ellas después pasarán a los Códigos (CASTRO Y BRAVO, 1991, p.14).

A idéia predominante de justiça era a de justiça contratual, ficando célebre a expressão de Fouillée no final do século XIX “*toute justice este contractuelle; qui dit contractuel, dit juste*” (NORONHA, 1994, p.65)

A vontade criadora preconizada por Kant e estampada no Código Civil francês, primeiro grande código da era moderna e também o primeiro “código burguês” estabeleceu o contrato como meio do indivíduo exercer a sua liberdade de adquirir e transferir patrimônio, de ser proprietário, ou como explica Roppo (1998):

Em toda uma tradição do pensamento jurídico-político oitocentista, destinada a perpetuar a sua influência também no século seguinte, *liberdade e propriedade* estavam, de facto, associadas à maneira de um binômio indissolúvel: a propriedade (privada) é o fundamento real da liberdade, o seu símbolo e sua garantia relativamente ao poder público, enquanto, por sua vez, a liberdade constitui a própria substância da propriedade, as condições para poder usá-la conformemente com sua natureza e com as suas funções: sem propriedade, em suma, não há liberdade, mas inversamente, não pode haver propriedade dissociada da liberdade de gozá-la, de dela dispor, de transferi-la e fazê-la circular sem nenhum limite (e portanto dissociada da liberdade de contratar) (ROPPO, 1998, p. 42-43).

A liberdade de contratar implicava a viabilidade da burguesia em adquirir bens até então exclusivos às classes consideradas nobres, bem como a possibilidade de expandi-los, por meio de comércio e indústria, além de impor uma garantia a propriedade, já existente com relação a mesma nobreza, e que a burguesia jamais pretendeu destruir, mas ao contrário, dela se beneficiar.

Posteriormente, este cenário político, econômico e as teorias filosóficas do Liberalismo e da autonomia da vontade ensejaram a criação pelos pandectistas alemães da figura de negócio jurídico como uma manifestação de vontade produtora de efeitos jurídicos, o qual veio a ser positivado no Código Civil alemão de 1896 (BGB), atribuindo ao contrato, considerada uma subespécie daquele, uma força absoluta a que a lei nada poderia acrescentar ou subtrair, concepção esta espelhada pela jurisprudência.

O culto pela liberdade atingia termos absolutos, desconsiderando as condições humanas dos envolvidos, e tampouco as distinções sócio-econômicas concretamente existentes entre as partes, considerando-os iguais em razão da possibilidade de manifestação livre da vontade. O princípio da autonomia da vontade, que fundava e legitimava a realização de tais negócios passou a exteriorizar-se em duplas vestes: 1) como resultado da evolução sócio-econômica, viabilizando as relações dos particulares, e neste aspecto verdadeiramente revolucionário, mas ao mesmo tempo; 2) um possível instrumento de opressão e injustiça substancial.

A autonomia da vontade se cristaliza num rígido “dogma da vontade” cuja sintetização como princípio foi idealizada por Gounot, que após fazê-lo, dedicou-se a criticá-lo, e a demonstrar suas inconseqüências. As críticas voltavam-se a desigualdade normalmente existente entre as partes que figuravam no negócio jurídico estabelecido, que permitia a exploração da parte mais fraca pela mais forte, servindo como meio de exploração humana e enriquecimento injusto, atribuindo-se à Lei o meio de corrigir tal desequilíbrio.

O extremo atingido fez com que se buscasse uma atenuação a tal dogma, verificando a necessidade de intervenção estatal para tal fim, até mesmo por ser justamente do Estado que provinha a validação jurídica do pacto. Neste sentido, Frederico de Castro y Bravo assim coloca a questão:

Porque resulta enganoso el que se diga, sin más, que la autonomía en Derecho privado consiste en una libertad de hacer, de prometer y obligarse, en demarcar un círculo de libertad o de lucha libre para los individuos, exento de la intervención del Estado. Se oculta que se pretende algo más, se pide que el acto o la declaración de voluntad tenga un valor jurídico específico, que sea vinculante, con lo que implícitamente se niega la libertad de desdecirse o retractarse. (CASTRO Y BRAVO, 1991, p.12).

O desenvolvimento do Estado Social impôs uma verdadeira modificação no âmbito contratual pela ingerência deste no âmbito privado visando o bem estar dos cidadãos e do atendimento das necessidades essenciais, assegurando os valores mínimos de convivência e corrigindo a desigualdade decorrente da realidade econômica das partes por meio de normas cogentes incidentes sobre o relacionamento privado das partes, cada dia mais freqüentes em nossa legislação, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor e Lei do Inquilinato, entre outras.

4. A teoria da imprevisão e a onerosidade excessiva no Direito Civil e Consumerista

Diferentemente do que se possa pensar, a teoria da imprevisão, ao tratar da possibilidade de modificação ou mesmo resolução do contrato, não é obra atual.

Desde a antiguidade, sempre houve a preocupação da comunidade jurídica com a interferência de acontecimentos externos poderiam implicar a irrealizabilidade dos contratos, como os eventos naturais considerados força maior.

Contudo, pelo Direito Romano, e em especial a Lei das XII Tábuas, a obrigatoriedade do contrato somente autorizaria uma modificação dos termos contratados se, e somente se houvesse a expressa anuência das partes contratantes. Este rigorismo interpretativo veio a ser minimizado a partir da edição da Lei Poetelia, em 326 a.C., pela qual se acresceu aos pactos de vontade o juízo de boa-fé e equidade.

Apenas com o trabalho dos glosadores durante a Idade Média verificou-se a máxima *rebus sic standibus*¹¹ que atribuía aos contratos de execução sucessiva a conservação do estado em que se encontravam, ou seja, que se houvesse modificações entre o momento de sua celebração e de sua execução, esta deveria ser modificada restaurando o equilíbrio entre as partes.

Com o desenvolvimento do liberalismo e de todos os seus reflexos no ordenamento jurídico nos séculos XVIII e XIX, a cláusula acabou esquecida, não tendo recebido qualquer menção no Código Napoleônico, que valorizava a autonomia da vontade e tornava a cláusula *pacta sunt servanda*, verdadeiro dogma do direito contratual.

Os desajustes ocasionados pela política econômica livre e pelo afastamento do Estado na relação entre os particulares, forçando uma mudança na figura do cenário de liberal à social, com uma série de edições de constituições dotadas de normas programáticas, além, é claro, do contexto histórico no qual a Europa, encontrava-se desestruturada com o fim da primeira grande guerra¹², com crises na produção de bens e preços de produtos elevadíssimos, ocasionando a ruptura de inúmeros contratos, acabou por possibilitar o ressurgimento da cláusula *rebus sic standibus*, por meio da Lei *Failliot* de 21 de maio de 1918, em França, que seguida por várias legislações do mundo como a *frustration of the adventure* na Inglaterra, ou pela aplicação da própria cláusula medieval, como ocorrido na Itália, previu as hipóteses de revisão dos contratos que em razão da guerra acabaram por ter suas prestações excessivamente onerosas para uma das partes contratantes, por força de acontecimentos imprevisíveis às partes, quando de sua celebração.

No Brasil, apenas a partir de 1930 houve o aparecimento de algumas normas que mencionavam a imprevisibilidade, em decorrência da crise havida em 1929¹³. Mas a primeira aplicação da teoria em termos concretos se deu com um julgado de Nélson Hungria, no Rio de Janeiro, que se fundamentando na equidade e nos Princípios Gerais de Direito, admitiu e introduziu a imprevisão tese que embora não tenha logrado êxito de imediato serviu de ruptura para as idéias dominantes na época¹⁴.

Em termos legislativos, apenas em 1990, com a edição do Código de Defesa do Consumidor, houve a hipótese expressa de revisão judicial dos contratos, a qual não fez qualquer menção a acontecimento imprevisível ou imprevisto, mas sim a fatos supervenientes¹⁵.

¹¹Ou em sua integralidade “*contractus que habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*”

¹²De 1914 a 1918

¹³Superprodução e quebra da bolsa de Nova Iorque que atingiu todo o mundo.

¹⁴Oito anos depois, o STF, em 1938 dispôs que a teoria da imprevisão não contrariava a legislação brasileira.

¹⁵Art. 6º do CDC: 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;

Aqui reside a grande diferença entre a teoria medieval e a proteção conferida a consumidor. Isto porque a imprevisibilidade se caracteriza pelo desconhecimento de possibilidade de acontecimento, ou seja, por fugir de tal forma da normalidade do dia-a-dia que aos contratantes seria inimaginável preocupar-se em estabelecer hipótese semelhante no pacto firmado.

Veja que não se trata de mero imprevisto, ou seja, daquilo que razoavelmente poderia se esperar, mas que não se estabeleceu, e sim de fato estranho a normalidade, e que por isto, não fora pactuado.

Já o fato superveniente, redundando em acontecimento posterior, o qual até poderia ser previsto mas que não o foi, e que acarreta uma desproporcionalidade entre as prestações das partes contratantes. A preocupação do legislador foi aqui de grande importância a medida em que, atualmente, nos contratos de consumo e em especial nos por adesão, é bastante comum a existência de cláusulas que, durante a contratação, seja por prestigiar determinada forma de atualização de parcelas, seja por acarretar um acúmulo de juros com outros fatores de correção e de retribuição do capital, acabam por multiplicar a prestação do devedor, tornando-a impagável ao mesmo.

Neste sentido, Marques, assevera com propriedade sobre o revisionismo no Código de defesa do Consumidor

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 seu equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência entre prestações ao desaparecimento do fim essencial do contrato. Em outras palavras, o elemento autorizador da ação modificadora do Judiciário é o resultado objetivo da engenharia contratual que agora apresenta a mencionada onerosidade excessiva para o consumidor, resultado de simples fato superveniente, fato que não necessita ser extraordinário, irresistível, fato que podia ser previsto e não foi (MARQUES, 2002, p.299).

E é o mesmo diploma legal que estabelece a existência de tais cláusulas ensejadoras do desequilíbrio, bem como a possibilidade da sua declaração de nulidade, sem, contudo, acarretar a nulidade¹⁶ da integralidade do pacto¹⁷, o qual, pelo princípio da conservação dos atos e negócios jurídicos, deve ser mantido sempre que possível, posto que sua resolução é sempre mais prejudicial às partes, que dele necessitam visando um objetivo específico, quanto à sociedade, que por meio dele realiza a livre iniciativa, os valores constitucionais, gera empregos, impostos e circulação de renda.

Na mesma senda, o atual Código Civil previu o que muitos doutrinadores entenderam ser a positivação da teoria da imprevisão, ao estabelecer hipóteses de resolução ou revisão contratual em decorrência de fatos extraordinários, imprevisíveis que acarretassem a onerosidade excessiva. Quanto a tal positivação, é importante uma análise pormenorizada, senão vejamos o texto legal:

¹⁶Art. 51 do CDC. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

¹⁷Embora extenso, o rol do art. 51 do CDC é exemplificativo e não exaustivo;

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.

Estabeleceu o legislador as premissas para a resolução do contrato, ou seja, deve ser o mesmo de execução continuada ou diferida, deve ocorrer a onerosidade excessiva com extrema vantagem a contraparte, e deve esta onerosidade decorrer de fatos extraordinários e imprevisíveis.

A prorrogação da continuidade da execução do contrato pelo tempo, ou em momento futuro, se mostra indispensável justamente pela alteração da situação de cumprimento da obrigação com relação ao momento em que foi celebrado o pacto, posto que somente com a ocorrência de lapso temporal pode haver a possibilidade da incidência de fatos extraordinários, o que, na execução imediata seria inviável.

Da mesma forma, ao prever a onerosidade excessiva para um contratante e a vantagem extrema ao outro, o legislador visou o resgate ao equilíbrio contratual, à equivalência das prestações, posto que diante de tal desequilíbrio o cumprimento se torna gravoso ou capaz de causar lesão ao devedor. Entende-se esta como lesão virtual pela capacidade de dano que possibilita ao devedor que venha a adimplir a parcela. Da mesma forma, a vantagem extrema em detrimento do parceiro contratual caracteriza o enriquecimento injustificado, rechaçado pelo ordenamento, posto que o credor estaria auferindo uma vantagem superior ao justo ou razoável e em detrimento do seu parceiro contratual.

Apesar de tais pontuações bastante perspicazes do legislador, o artigo é passível de críticas em dois pontos. Primeiro, ao estabelecer exclusivamente ao devedor a possibilidade de pedir a resolução do contrato. Ora, o contrato é um instrumento pelo qual há direitos e obrigações a ambas as partes, de modo que um acontecimento extraordinário pode ensejar o desequilíbrio não apenas ao devedor, mas também ao credor, que pode ter seu crédito excessivamente diminuído, tornando tal pacto excessivamente oneroso para si (ainda que na pendência do recebimento da prestação).

E se é possível que a parte lesada seja tanto o credor quanto o devedor, constitui-se uma discriminação injustificada que a faculdade atribuída pela lei possa beneficiar apenas ao devedor.

Depois, ao estabelecer a possibilidade de pedir a resolução do contrato, mais uma vez o legislador peca, posto que o desfazimento do vínculo contratual, com eventual apuração de perdas e danos é medida extrema que deve ficar restrita apenas a hipótese em que seja impossível a manutenção do pacto.

Ora, o contrato foi feito para ser cumprido, atingindo o objetivo almejado pelas partes e realizando a função social inerente a contratação, que é justamente a realização dos valores constitucionais, dentre eles a livre iniciativa e o desenvolvimento nacional.

Logo, não deveria o legislador privilegiar a resolução mas a revisão do pacto, alterando tanto quanto possível seus termos para o fim de adequá-lo a realidade econômica e ao ordenamento jurídico e não simplesmente prever seu desfazimento como se tal não ocasionasse maiores perdas às partes contratantes e a sociedade como um todo.

Na sequência, prevê o legislador no artigo seguinte:

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Tenta aqui o legislador oferecer a título subsidiário a possibilidade da revisão judicial, talvez na tentativa de reparar o texto anterior. Também merece crítica a redação que poderia ter sido melhor elaborada no texto de um único artigo e igualmente o tratamento dispensado ao credor, aqui denominado réu. Veja que não se trata aqui de um ato ilícito a ensejar uma indenização mas sim do relacionamento voluntariamente firmado por dois parceiros contratuais, que possuem objetivos comuns e dentre eles o máximo aproveitamento do contrato por ambas as partes, inclusive do próprio credor, o qual, se mantidos os termos contratuais como propostos, por certo sofrerá a inadimplência de seu parceiro contratual.

Justamente pela bilateralidade do pacto e pela cumplicidade de objetivos, o deselegante tratamento deveria ser substituído possibilitando a ambos os contratantes a possibilidade de rever os termos do contrato, e não apenas ao réu “credor”, mas também ao devedor, a quem a lei faculta apenas a possibilidade da resolução.

E finalmente, prevê o legislador no artigo seguinte¹⁸ a possibilidade de revisão dos contratos unilaterais, os quais também poderão vir a sofrer alterações bruscas em decorrência de fatos estranhos à normalidade.

5. A Ação Revisional de Contrato

a) a oxigenação do sistema;

Com a entrada em vigência do atual Código Civil, percebeu-se uma nítida mudança acerca da sua sistemática, qual seja, a abertura do sistema.

O Código Civil de 1916, inspirado no *Code* napoleônico, tinha feição individualista, fruto da concepção vigorante logo após a Revolução Francesa, colocando a vontade do homem como o principal motor de todo relacionamento jurídico e contratual, submetendo os contratantes aos estritos termos que constavam no pacto.

A burguesia, ao assumir o poder após a Revolução Francesa, encontrava-se recalcitrante com os juízes, pois a maioria deles era egressa da antiga nobreza, ou seja, da antiga classe dominante.

A solução encontrada para a situação foi a de dominar a magistratura pela lei. Num primeiro momento, criou-se a noção de que a lei não podia sequer ser interpretada (até 1830), para depois, aceitar-se apenas a interpretação literal de seu texto (1830 a 1880). E foi justamente dentro desta concepção que o princípio *pacta sunt servanda* desenvolveu seu conteúdo e ganhou a importância pela qual foi adotado pelos ordenamentos ocidentais.

A partir de 1880 o sistema francês passou a ser confrontado pela tese da interpretação teleológica, pela qual o juiz tinha que ter liberdade para aplicar a lei adequando-a as necessidades contemporâneas ao momento de sua aplicação e não com os olhos voltados para a época de sua edição. Como consequência, foram reconhecidos maiores poderes aos juízes por meio de textos legislativos com linguagem menos minuciosa e com a utilização crescente das cláusulas gerais.

¹⁸Art. 480 do CC. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterada o modo de executá-la a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Estas, quase não se vislumbravam no texto do Código Civil brasileiro de 1916, implicando, nos dizeres de Aguiar Junior (2000, p.18) “o afastamento da possibilidade de aplicação judicializada dos contratos de acordo com uma preocupação de realizar a justiça material”. Naquele sistema, justiça seria o cumprimento das cláusulas da avença, desprezando-se os usos e costumes, em favorecimento da lei em sua literalidade, o que não têm mais lugar na sociedade hodierna.

Isto porque ainda que não totalmente aberto, é necessário que o sistema não seja totalmente fechado a ponto de impossibilitar a mobilidade necessária para o aprimoramento da aplicação e interpretação do Direito, que por meio das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados encontra uma válvula de oxigenação do sistema, atualizando-o às instabilidades dos acontecimentos sociais e suprimindo as suas deficiências pelo diálogo estabelecido aos outros ramos de ciências, tais como sociologia, filosofia, economia entre outros.

Por esta razão, o texto do atual Código, adotou o sistema de cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados como técnica legislativa pela possibilidade de harmonização da norma à realidade concreta que se apresenta ao judiciário.

Esta opção do legislador, que foi a princípio foi duramente criticada alegando-se omissão, indefinição, imprecisão de conceitos, não visa mais uma estrutura feita ao molde daquela oitocentista, dominada pela pretensão de plenitude lógica e completude legislativa, mas como pontua precisamente Wambier:

A vaguedad ou a indeterminação de um conceito costuma erradamente ser apontada como uma imperfeição das línguas. Entretanto, às vezes se atinge maior perfeição e requinte com conceitos vagos do que com conceitos precisos. A indeterminação dos conceitos não é pois, um defeito da linguagem, mas uma característica, que tem funções positivas nitidamente ligadas às necessidades das sociedades dos nossos dias (WAMBIER, 2005, p.61).

Os conceitos legais indeterminados distinguem-se das cláusulas gerais pela finalidade e eficiência. Isto porque nestes é a lei que enuncia o conceito indeterminado e determina os seus efeitos diferentemente das cláusulas gerais, as quais são normas orientadoras sob forma de diretrizes, de caráter genérico e abstrato dirigidas ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir, permitindo-lhe preencher não apenas os valores designados ao caso, mas também determinar seus efeitos.

b) a hermenêutica criativa e o papel do Judiciário

A hermenêutica deve ser entendida como um método de compreensão do mundo, vinculada a uma consciência que se insere na realidade. Para tanto utiliza-se da interpretação, como uma ferramenta pela qual o sujeito irá retirar das palavras ou das normas o seu significado

Esta significação é variável tanto pela possibilidade semântica de se atribuir diversos significados a uma mesma palavra, quanto também pela variação do contexto histórico, político, sócio-cultural no qual se encontra.

A interpretação não resulta apenas da análise textual da norma e dos signos utilizados. Vai mais além devendo perquirir o sentido real que o sujeito quis dar ao texto por sua pré-compreensão da realidade e dos fatos.

A hermenêutica pode ser dividida em duas possibilidades, uma hermenêutica tradicional, que tem por fundamento central a busca ao sentido das normas segundo a vontade pela qual foi elaborada pelo legislador e uma hermenêutica crítica, pela qual a apreciação das vontades fica vinculada ao sentido da norma encontra-se vinculada ao intérprete, que atribui o sentido à norma segundo uma pauta de valores, adequando-a a realidade social, merecendo destaque, as teses defendidas no Brasil por Paulo Bonavides e por Lênio Luiz Streck.

A crítica feita à hermenêutica tradicional se faz num aspecto jurídico e também sócio-político. De fato a hermenêutica jurídica não mais pode fechar os olhos a realidade social, a qual visa regulamentar e pacificar. O Direito, como ciência social, não teria razão de ser se desconexo desta realidade. E é esta realidade, e é o atendimento dos valores protegidos por esta sociedade que devem ser concretizados quando da interpretação da lei e do caso concreto pelo julgador. Perlingieri (2002) trata da questão:

Ao lado de uma aceção tradicional de “formalismo”, vista como o estudo do direito que não privilegia o conteúdo sobre a forma, registra-se, mais recentemente, a tendência a transformar a investigação do jurista na análise da linguagem do legislador. Esse método também é formalista, já que reduz a linguagem a um mero “objeto” do conhecimento do intérprete: a linguagem seria, portanto, separável da realidade circunstante que ela exprime a na qual se exprime. Ilude-se de recuperar a neutralidade perdida da obra do jurista através da objetivação da linguagem: se a linguagem fosse uma entidade destacável da realidade global da sociedade, então a interpretação poderia voltar a ser uma atividade que exonera o jurista de assumir responsabilidades sociais. O mais das vezes, o formalismo interpretativo afunda as raízes na ideologia da separação do direito das ciências sociais, como puro dever-ser incontaminado pelo ser. Tais posições devem ser repelidas, apesar de ser inegável a contribuição que o estatuto do direito *mesmo* em termos formais pode oferecer (PERLINGIERI, 2002, p. 58-59).

Assim, mesmo na análise de lides tipicamente privadas, o julgador tem um papel decisivo que não mais se restringe a realizar a subsunção do fato à norma. Mais que isto ele deve integrar o pacto, suprimindo lacunas e adequando-o a realidade social, visando atingir com tal revisão os objetivos estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito, resguardando a dignidade dos sujeitos contratantes, a justiça social, o desenvolvimento de uma sociedade solidária enfim, realizando a Constituição por meio do contrato.

c) os requisitos para a propositura de uma ação revisional:

Como qualquer procedimento judicial, a ação revisional requer a legitimidade de partes, o interesse de agir e a possibilidade jurídica.

É justamente neste item, o da possibilidade jurídica, que se enquadram os requisitos específicos da revisional, posto que do contrário, não há amparo legal a embasar o pleito formulado. Assim pode-se considerar como requisitos específicos os seguintes:

c.1) o fato imprevisto, a onerosidade excessiva, a vantagem excessiva e a inexecutibilidade da prestação – ou seja, deve o autor da ação demonstrar a co-relação entre a impossibilidade de execução da prestação ao fato imprevisto, e em consequência o desequilíbrio ocasionado entre as partes, gerando onerosidade demasiada a uma delas em benefício da outra que recebe muito além do justo ou do razoável;

c.2) a essencialidade – deve-se demonstrar que a alteração ocorrida foi substancial, ou seja, que alterou profundamente a base do pacto celebrado. Por certo uma modificação inexpressiva ou, que atinja aspectos secundários ou acessórios, não seria suficiente para ensejar a procedência da revisional eis que não significativa a alteração ocorrida.

c.3) ausência de mora – deve-se demonstrar que a mora decorreu justamente do fato extraordinário, imprevisto, ou mesmo superveniente e não da conduta do próprio devedor. Isto porque se, independentemente da ocorrência de qualquer situação de tal natureza o mesmo já se encontrasse em mora, não teria sido o fato em si a ensejar o descumprimento do pacto, não havendo possibilidade de proteção legal ao mesmo.

c.4) que o contrato seja de execução diferida ou continuada – logicamente, para que haja um fato superveniente ou imprevisto, necessário que a execução do contrato dependa do futuro, o que não ocorre nos contratos de execução instantânea. Assim, seja por meio do pagamento de parcelas periódicas, ou do cumprimento em um momento específico no futuro, imprescindível que se prorrogue no tempo o cumprimento contratual para ensejar a possibilidade da revisão ou resolução judicial do contrato.

c.5) a lesão virtual – ou seja, que haja a possibilidade de efetiva lesão ao contratante caso o mesmo realize a prestação da forma como pactuada. É assim a potencialidade de lesão que se deve demonstrar e não o dano em si mesmo, posto que o fim do procedimento é justamente evitar a sua ocorrência.

d) o pedido genérico e a sentença

Mais uma vez, no que se refere a técnica processual, cumpre esclarecer que como qualquer outro procedimento, a ação revisional propõe ao magistrado uma demanda, para que após o contraditório o mesmo decida por sua procedência ou não.

Para tanto, o causídico deve atentar para que ao magistrado seja efetivamente formulada uma pretensão passível de atendimento, o que nem sempre acontece.

Pelo art. 286 do CPC, temos que “o pedido deve ser certo e determinado;” e como bem esclarece Souza (2006) “o pedido, em síntese, é o objeto do processo, e este se caracteriza como a matéria sobre a qual o juiz, estando regular o processo, é obrigado a se manifestar”.

A certeza implica na individualização do bem sobre o qual deve o magistrado se pronunciar, e a determinação a indicação da quantidade de bens ou valor pretendido. A ação revisional não se encontra amparada por qualquer das exceções contidas no art. 286 de modo que o seu pedido, para ser passível de procedência deverá atender a ambas as exigências, posto que do contrário a sentença seria passível de nulidade por julgamento *extra petita* ou *ultra petita*.

Diante de tais considerações, pode-se dizer que se faz imprescindível ao demandante, em uma ação revisional de contrato, para que seu pedido não se considere genérico:

d.1) o que ocasionou o desequilíbrio do contrato – se foi fato superveniente ou imprevisível, esclarecendo-o e anexando as provas que forem necessárias a ocorrência de sua demonstração. Em caso de superveniência de efeito já previsto no contrato base, como uma metodologia de cálculo, a indicação da cláusula bem como a apresentação de laudo, demonstrativo ou parecer que elucide o efeito ocasionado pela mesma;

d.2) quais mudanças recuperariam o equilíbrio econômico do contrato – isto porque, ainda que constatado o desequilíbrio, tratando-se de revisional, a alteração constitui seu elemento essencial e deve estar amparada pelo Direito (constituição, leis ordinárias etc);

d.3) o requerimento da alteração pretendida, quanto à qualidade e quantidade – efetivamente o pedido da revisão e alteração do contrato.

A constatação de ausência de qualquer destes requisitos impõe o aditamento da inicial, sob pena de sua inépcia.

Finalmente, quanto à sentença, esta deve ser analisada quanto ao resultado da demanda.

Isto porque, em sendo julgada procedente, haverá efetivamente a alteração do contrato, na forma pleiteada, modificando-se a situação jurídica quanto àquela relação jurídica. Ou seja, há o reconhecimento do direito de constituir-se uma nova relação das partes. Por tudo isto, sua natureza é constitutiva, operando efeitos no plano fático, a partir da sua publicação, salvo nas hipóteses de antecipação de tutela.

Situação completamente diversa é a da que julga improcedente a pretensão. Neste caso, o não reconhecimento da possibilidade de alterar-se o pacto original implica na sua manutenção, tal qual como formulado.

Logo, inexistindo razão jurídica ao demandante, a sentença restringir-se-á a declarar tal ausência de direito e a autorizar ao credor a exigência do cumprimento do contrato.



REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado, Projeto do Código Civil – As obrigações e os contratos. **Revista dos Tribunais**, ano 89 ano, n. 775, São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2000.

CASTRO Y.BRAVO, Federico de. **El negocio jurídico**. Madrid, Editorial Civitas, 1991.

GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea: Função Social do Contrato e Boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo, RT, 2002, p. 299.

NALIN, Paulo R. Ribeiro. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson. **Contratos no Código Civil, Apontamentos Gerais, o novo Código Civil, Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RABELO, Têmis Chenso da Silva. **A boa-fé como condição de possibilidade da função social do contrato**. 2006, f.. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial), Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2006.

REALE, Miguel. Visão geral do Novo Código Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n 9, p.9-17, 2002.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Livraria Almedina. Coimbra, 1998.

SOUZA Ilton Carmona de **O pedido genérico nas ações de revisão contratual nos termos do novo Código Civil**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=5858>, Acesso em: 29 out. 2006.

THEODORO JUNIOR. Humberto. **O contrato e sua função social**. São Paulo: Forense, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Uma reflexão sobre as “Cláusulas Gerais” do Código Civil de 2002 – A função social do Contrato. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, v.831, jan. 2005.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

MARTINS, Francisco Serrano. **A teoria da imprevisão e a revisão contratual no código civil e no código de defesa do consumidor**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=5240>, Acessado em: 29 out. 2006.