

CENTRO UNIVERSITÁRIO METODISTA IPA
CURSO DE DIREITO

Arlinda Janaína Machado de Quadros

**A NECESSIDADE DE PRÉ-QUESTIONAMENTO A PARTIR
DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NAS AÇÕES DE
REVISÃO CONTRATUAL**

PORTO ALEGRE
2010.

Arlinda Janaína Machado de Quadros

**A NECESSIDADE DE PRÉ-QUESTIONAMENTO A PARTIR
DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NAS AÇÕES DE
REVISÃO CONTRATUAL**

Trabalho de Conclusão de Curso do Curso
de Direito do Centro Universitário Metodista
IPA como requisito parcial para a obtenção
do grau em Bacharel em Direito.

Orientador: Me. Jéferson Luiz Dellavalle
Dutra

PORTO ALEGRE

2010



CURSO DE DIREITO

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO II

PARECER

Em conformidade com o que dispõe o Regulamento do Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito, venho, perante essa Coordenação, emitir Parecer de habilitação para defesa perante a banca examinadora, da monografia jurídica intitulada “**A necessidade de pré-questionamento a partir dos princípios constitucionais nas ações de revisão contratual**”, da acadêmica **Arlinda Janaína Machado de Quadros**, consignando que o trabalho, adequado às linhas de pesquisa da instituição, atingiu a todos os objetivos propostos, além de ter sido desenvolvido com motivação e empenho do graduando, o qual discorreu sobre o instituto processual do pré-questionamento em sede de recurso especial, problematizando o caráter imprescindível desse instituto nos casos de revisionais contratuais, buscando a efetivação dos princípios constitucionais no Estado Democrático de Direito.

Desse modo, encaminho o presente trabalho de conclusão de curso à apreciação dos membros da banca examinadora.

Porto Alegre, 01 de novembro de 2010.

Prof. Ms. Jeferson Luiz Dutra
Professor Orientador

Dedico este trabalho a minha filha Alícia Quadros, aos meus pais Jairo e Virginia, e ao meu esposo Éverton.

AGRADECIMENTOS

É difícil citar todas as pessoas que quero agradecer pelo desenvolvimento deste trabalho, pois este é o resultado de árduos e maravilhosos cinco anos de estudos.

Este ato é muito importante, pois é o momento de agradecer todas as pessoas que fizeram parte deste trabalho, deste sonho, e espero não esquecer de ninguém.

Ao professor Jéferson Luiz Dellavalle Dutra, orientador, querido professor de Direito Civil, Sucessões e a “terrível” Hermenêutica que com muita dedicação, disponibilidade e profissionalismo me auxiliou na constituição desse trabalho.

Aos professores do curso de Direito, em especial minhas queridas (os) professoras (es) Simone Tassinari, Vanessa Chiari, Clarissa Santos Lucena, Ana Paula, Carolina Machado Cyrillo, Fernanda Borguetti Cantali, Fernando Ricardo Aveline, Gracy Keim, Handel Martins Dias, Karin Cristina Kramer Pereira, Karin Muliterno, Maurício Reis, Rodrigo Gália, Rodrigo Gonçalves, Rodrigo Moretto, Wiliam Kaku. Obrigado pela dedicação de todos, aprendi muito com todos vocês.

A todos os colegas, dos quais eu sempre irei lembrar com muito carinho, em especial, André, Débora Felden, César Vargas, Giovanni Macedo Belo, Jailson José Reinaldo, Jenifer, Glauco Rodrigues, Karine Monteiro, Laís Justo, Pablo Peralta, Patrícia Cabral, Ricardo e, as minhas queridas amigas Tuane e Nádia.

Por fim agradeço a minha família, aos meus pais José Jairo Rocha de Quadros e Virgínia Machado de Quadros por todo apoio nestes cinco anos, ao meu esposo Everton pelo apoio nas noites que eu passei em claro estudando para as provas, ao meu melhor amigo e sócio José Luis pelas inúmeras ajudas em pesquisas e por me ouvir falar sem parar no trabalho sobre as minhas aulas, ideologias, mesmo sem saber nada de Direito, a minha eterna “chefa” grande advogada Flávia Venturella, minha grande professora, e em especial as duas estrelas que passaram rapidamente em minha vida e são as responsáveis por eu ter escolhido cursar Direito, Hilary e Lenny meus filhos amados que me deram força, nestes cinco anos para eu nunca desistir, pois a dor da perda me ensinou a amadurecer e dar valor a vida, obrigado minhas estrelas.

Arlinda Janaína Machado de Quadros

A NECESSIDADE DE PRÉ-QUESTIONAMENTO A PARTIR DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS NAS AÇÕES DE REVISÃO CONTRATUAL

Este trabalho de Conclusão de Curso foi julgado e aprovado para a obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito no Centro Universitário Metodista IPA.

Porto Alegre, ____ de dezembro de 2010.

Prof.^a Vanessa Chiari, Mestre.
Coordenadora do Curso

Apresentado à banca composta pelos professores (as)

Professor _____
Centro Universitário Metodista IPA

Professor _____
Centro Universitário Metodista IPA

Professor _____
Centro Universitário Metodista IPA

Professor _____
Centro Universitário Metodista IPA

RESUMO

A presente monografia trata sobre o atual sistema de ações revisionais de contratos bancários e a necessidade do pré-questionamento a partir dos princípios constitucionais da ordem econômica e os princípios-base contratuais de defesa do consumidor, destacando a importância de trabalhar estes princípios nas iniciais das ações de revisão contratual. Observando o posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e dos tribunais superiores.

Palavras-chaves: Pré-questionamento – Princípios Constitucionais – Ordem econômica – Direito do Consumidor – Revisão Contratual

ABSTRACT

This monograph deals with the current system of actions of revision of banking agreements and the necessity of pre-questioning from the constitutional principles of economic order and the basic principles of consumer contract, highlighting the importance of working these principles in the initial actions review of contract. Noting the position of the Court of Rio Grande do Sul and the higher courts.

Key-words: Pre-questioning - Constitutional Principles - Economic system - Consumer Law - Contract Review

SUMÁRIO

Introdução	
1. Os princípios constitucionais econômicos e os princípios-base da Revisão Contratual.....	16
1.1 Da ordem econômica.....	16
1.1.1 Princípio da Economicidade.....	19
1.1.2 Valorização do trabalho humano.....	21
1.1.3. Livre iniciativa.....	22
1.1.4 Dignidade da pessoa humana como finalidade da ordem econômica.....	24
1.1.5 Princípio constitucional econômico da soberania nacional	25
1.1.6 Princípio constitucional econômico da propriedade privada e sua função social.....	27
1.1.7 Princípio constitucional econômico da livre concorrência	28
1.1.8 Princípio constitucional econômico da defesa do consumidor.....	30
1.2 Da proteção ao consumidor.....	32
1.2.1 Princípio da liberdade contratual (autonomia da vontade).....	34
1.2.2 Princípio da força obrigatória dos contratos (<i>pacta sunt servanda</i>).....	35
1.2.3 Princípio da relatividade dos contratos.....	37
1.2.4 Princípio da proteção da confiança do consumidor.....	38
1.2.5 Princípio da transparência.....	39
1.2.6 Princípio da boa-fé objetiva.....	40
1.2.7 Princípio do equilíbrio econômico entre as partes.....	42
1.2.8 Princípio da função social.....	44
1.2.9 Princípio da vulnerabilidade.....	46
2. A Revisão Contratual.....	49
2.1 O atual sistema revisional dos contratos bancários	53
2.2 As ações revisionais de contratos bancários e a jurisprudência do Tribunal do Rio Grande do Sul.....	54
2.3 A necessidade de pré-questionamento da matéria contratual.....	57
2.4 A posição dos tribunais superiores sobre a matéria.....	59
Considerações Finais	
Referências	68

Introdução

Trata-se da temática da necessidade do pré-questionamento dos princípios constitucionais nas Ações de Revisão Contratual pelo Poder Judiciário. Ou seja, a omissão do Judiciário na análise do caso concreto nas fundamentações de suas decisões envolvendo a matéria em questão.

A Constituição de 1988, previa em seu artigo 192, § 3º a limitação das taxas de juros em 12% ao ano, sendo que todos os incisos e parágrafos deste artigo foram revogados pela EC nº. 40/2003, permanecendo em vigor apenas o caput deste artigo.

Neste período as notícias chamavam estas ações de “Indústrias das Ações Revisionais” e o posicionamento do STF e STJ foi, e continua sendo atualmente, pela não limitação de juros, não importando a forma de crédito contratada, a jurisprudência pacífica do Tribunal Superior nestes casos resultou na súmula 648 do STF e, após, na revogação do § 3º do artigo 192 da Constituição.

Mesmo com a fundamentação legal argüida nas Ações de Revisão Contratual sendo revogada, os advogados permaneceram ingressando com as ações com embasamento na Lei de Usura revogada em 1991, ou no § 3º do artigo 192 da Constituição também já revogado, e no Código de Defesa do Consumidor.

Assim, as formas de estruturas destas ações ficaram conhecidas como os famosos “modelos” ou “cópia e cola”, resultando, por sua vez, em fundamentações de decisões nas quais os magistrados viriam a utilizar o mesmo

método aplicado pelos operadores de direito na confecção de suas iniciais. Ou seja, o magistrado passou a analisar apenas os pedidos destas ações ignorando o caso concreto, resultando sempre no mesmo “modelo” de sentença ou “cópia e cola”.

Diante desta problemática, surge a necessidade do Poder Judiciário efetivar a fundamentação em suas decisões, como forma de garantia constitucional ao analisar o caso concreto.

Portanto, frente à discussão supramencionada, analisar-se-á, no presente estudo, a prática processual nas Ações de Revisão Contratual, observando a necessidade de argumentação constitucional nas iniciais, e a falta de fundamentação nas decisões, tendo como base os princípios constitucionais econômicos e os princípios-base da revisão contratual.

Surge, assim o tema a ser tratado, a necessidade do pré-questionamento dos princípios constitucionais com análise do caso concreto nas Ações de Revisão Contratual pelo Poder Judiciário: uma análise da ordem econômica e da prática processual.

O trabalho versará sobre a necessidade de fundamentação nas decisões de revisão contratual, pelo Poder Judiciário, e da falta de argumentação constitucional, para embasamento legal das iniciais nos casos concretos.

O estudo se propõe a analisar como o Poder Judiciário se posiciona ao analisar estas ações – sobretudo o posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em comparação com os Tribunais dos outros Estados – em relação às argumentações empregadas nas iniciais interpostas na via judicial.

Para atingir o objetivo proposto, far-se-á a análise das noções gerais das questões de ordem econômica, principalmente dos princípios e nas questões processuais das Ações de Revisão Contratual, visando assim a necessidade de fundamentação nos casos concretos, com base na pesquisa realizada em campo

nos processos em tramitação no Foro Central de Porto Alegre e nas posições doutrinárias que trabalham a este respeito.

Bem como será analisado, ainda, o papel da economia/mercado nestas ações, será observado o desenvolvimento econômico e os riscos e vantagens que tais decisões acarretam para o Estado.

Desta forma, a problemática que se apresenta busca, contudo, as possibilidades de trabalhar nas iniciais e nas decisões a argumentação e fundamentação tendo como base os princípios constitucionais econômicos em conjunto com os princípios-base para revisão contratual, ou seja, princípios específicos da matéria consumerista, a fim de sanar a demanda de processos e decisões repetitivas, buscando a eficácia do Poder Judiciário nestas ações.

Assim, visa-se, com o presente estudo, buscar quais as possibilidades do Poder Judiciário nas Ações de Revisão Contratual analisar e decidir com base nos princípios constitucionais econômicos, observando em conjunto os princípios-base da revisão contratual.

O estudo foi dividido em dois capítulos. O primeiro aborda os princípios constitucionais econômicos e os princípios base da revisão contratual trazendo seus conceitos e destacando sua importância para a pesquisa. Já o segundo trata da fase processual, do procedimento da revisão contratual, destacando o atual sistema revisional dos contratos bancários, destaca a necessidade de pré-questionamento da matéria contratual e o posicionamento dos tribunais superiores.

Todavia, contudo, seja possível encontrar várias hipóteses visando solucionar esta problemática, é necessário primeiramente que o Poder Judiciário tente buscar o equilíbrio dos princípios constitucionais atinentes a matéria contratual em relação de consumo, quando se detectar tensão entre eles, fazendo exame do caso concreto, observando que a interferência do Poder Judiciário nas relações de consumo, exige uma proteção maior devido o estado vulnerável do consumidor perante as instituições financeiras.

Bem como, observar que os princípios desempenham um papel de grande importância no processo de interpretação e aplicação do direito, em análise do caso concreto, e que à luz do artigo 5º, XXXII, 24, VIII, 150, § 5º, e 170, V da Constituição, mais o artigo 48 do ADCT, fundamentam a aplicabilidade da defesa do consumidor, que também é um princípio constitucional econômico.

Pode-se também, destacar como hipótese para solução a um determinado caso concreto, o “mínimo existencial” que abrange qualquer direito e é essencial à realização da dignidade da pessoa humana nos casos de relação de consumo, e em razão disso, a aplicabilidades deste princípio na esfera judicial. Bem como, há de se observar o princípio da reserva do possível que também pode servir de fundamentação para dar procedência ou não há estas ações que visem garantir a igualdade entre as partes na relação de consumo através do binômio custo de direitos/escassez.

Desta forma, deve o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça devem analisar estas ações conforme o caso concreto, visando tanto a ordem econômica como a vulnerabilidade do consumidor nas relações contratuais de consumo.

A relevância deste estudo para o direito importa no sentido de analisar as necessidades e possibilidades, pela esfera judicial, do Poder Judiciário e os Operadores do Direito fundamentarem as ações de revisão contratual, os princípios constitucionais econômicos e os princípios-base da revisão contratual, buscando a eficácia e garantia destes direitos, tanto em favor do consumidor, como da ordem econômica.

O presente estudo tem grande importância para a sociedade, pois atualmente todos nós somos consumidores, ou seja, qualquer cidadão pode estar sujeito a um contrato de relação de consumo, que possa querer vir buscar o equilíbrio das partes na via judicial, através de uma Ação de Revisão Contratual.

O tema interessa ao acadêmico em razão de sua relevância e atualidade, sobretudo na prática processual destas ações, da divergência dos tribunais

estatais e do posicionamento pacífico dos tribunais superiores, buscando compreender e trabalhar os princípios de forma favorável aos consumidores.

Diante disto a presente pesquisa tem por objetivo geral analisar a necessidade de pré-questionamento dos princípios constitucionais econômicos em conjunto com os princípios-base da Revisão Contratual pelo Poder Judiciário e pelos juristas. Através da apresentação dos conceitos dos princípios constitucionais econômicos e os princípios do Código de Defesa do Consumidor, analisando a influência destes princípios na ordem econômica dos Estados; observando se há hierarquia nos princípios econômicos, quando estes forem confrontados, verificando como se dá a utilização da teoria da reserva do possível e do mínimo existencial, nas ações que versarem sobre esta matéria. Analisando-se por fim, as decisões destas ações e o posicionamento do STF e do STJ, observando a vulnerabilidade do consumidor, bem como, qual a influencia que tal decisão pode acarretar para a ordem econômica.

1. Os princípios constitucionais econômicos e os princípios-base da Revisão Contratual

Neste capítulo tratar-se-á primeiramente dos princípios constitucionais da ordem econômica e, dos princípios base da revisão contratual de proteção ao consumidor. Visando uma melhor compreensão após uma breve análise aos conceitos destes princípios.

1.1 Da ordem econômica

A existência, no ordenamento jurídico, de determinados princípios que, embora não enunciados em nenhum texto de direito positivo, desempenham papel de importância definitiva no processo de interpretação/aplicação do direito, é inquestionável.¹

O que peculiariza a interpretação da Constituição, de modo mais marcado, é o fato de ser ela o *estatuto jurídico do político*, o que prontamente nos remete à ponderação de “valores políticos”. Como, no entanto, esses “valores” penetram o nível do jurídico, na Constituição, quando contemplados em princípios – seja em *princípios explícitos*, seja em *princípios implícitos* – desde logo se antevê a necessidade de os tomarmos, tais princípios, como conformadores da interpretação das regras constitucionais.²

¹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 154.

² GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 161.

A força normativa da Constituição a todos vincula e a todos submete. Juram cumprir e fazer cumprir a Constituição as autoridades do Poder Judiciário, do Poder Executivo e do Poder Legislativo, mas o dever de seguir fielmente os seus preceitos é também das pessoas e entidades privadas.³

As sentenças proferidas na jurisdição dos casos concretos têm força vinculante limitada às partes.⁴

O Direito Econômico é conceituado como “o ramo do Direito que tem por objeto a juridicização, ou tratamento jurídico da política econômica e por sujeito, o agente que dela participe. É o conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica. Para tanto, utiliza-se do princípio da economicidade”.⁵

As principais fontes do Direito Econômico são a própria Constituição Federal e a Lei de Proteção da Ordem Econômica (CADE - Lei nº. 8.884/94).⁶

O mercado deve ser compreendido como uma instituição social, uma criação histórica da humanidade e não apenas instituições jurídicas. Embora sirva para interesse de uns e não interesse de todos, os mercados são vistos como uma instituição política destinada a regular e a manter determinadas estruturas de poder que asseguram a prevalência dos interesses de certos grupos sobre o

³ A atuação desse Poder do Estado na interpretação e aplicação da Constituição constitui o que se denomina jurisdição constitucional. É atividade que não se restringe, portanto, ao controle de constitucionalidade das leis e nem é exercida apenas pelo Supremo Tribunal Federal. Ela congrega todos os órgãos do Poder Judiciário e compreende o conjunto das atribuições jurisdicionais que digam respeito à salva-guarda e à efetividade das normas constitucionais. É a Constituição mesma que assegura a todos os cidadãos o direito de demandar em juízo as providências necessárias para ver afastada a ameaça ou ver sanada a lesão decorrente de ações ou omissões inconstitucionais praticadas por particulares ou por autoridades públicas. (ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 14).

⁴ Nesses casos, a certificação da existência ou inexistência do direito questionado tem eficácia subjetiva limitada aos figurantes da relação processual. Não beneficia nem prejudica os terceiros. ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 26.

⁵ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 23.

⁶ PETTER, Lafayette Josué. **Direito Econômico**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 32.

interesse de outros grupos sociais, e tanto o Estado quanto o mercado são espaços ocupados pelo poder social. Assim, o mercado não é uma instituição natural, mas uma instituição que nasce graças a determinadas reformas institucionais, operando como fundamentos em normas jurídicas que o regulam, o limitam, o conformam.⁷

O fato de deixarmos a economia de mercado desenvolver-se de acordo com as suas próprias leis, acabaria gerando grandes e permanentes males. Assim, conforme Karl Polanyi *“não é apenas os seres humanos e os recursos naturais que tinham quer ser protegidos contra os efeitos devastadores de um mercado auto-regulável, mas também a própria organização da produção capitalista”*⁸.

Cabe destacar que a sociedade capitalista é essencialmente jurídica e nela o Direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que são próprias, sendo que essas relações não poderiam estabelecer-se, nem poderiam reproduzir-se sem a forma do direito posto pelo Estado (positivo), observa-se que o direito positivo visa disciplinar os mercados, de modo que se pode dizer que ele se presta a permitir a fluência da circulação mercantil, para domesticar os determinismos econômicos⁹.

Muito embora, a Constituição seja a ordem jurídica fundamental de uma sociedade e mesmo sendo contemporânea à realidade, no entanto é necessário observar que quem escreveu o texto da Constituição não é o mesmo que a interpreta/aplica, que o concretiza. O autor Eros Grau diz ainda que em verdade não existe a Constituição do Brasil, de 1988. O que realmente hoje existe, aqui e

⁷ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 28.

⁸ POLANYI, Karl. **A grande transformação – As origens da nossa época**. Trad. De Fanny Wrobel. 2ª ed. Rio de Janeiro, Campus, 2000.

⁹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 30.

agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, está sendo interpretada/aplicada¹⁰.

Neste sentido, diz Pontes de Miranda:

*“A regra jurídica não é dada pela maioria, nem tampouco pela totalidade. Pode ser obra de muitos ou de alguns, de minorias ínfimas, ou de um só. Mas já vimos que não há que separar a aplicação e a iniciação da lei, a realização e a proposta. A expressão efetiva pode não ser a do indivíduo, nem a de alguns, nem a de muitos, nem a da maioria, nem a da totalidade; porque a totalidade que desse não seria a que aplicasse, e sim outra, porque entre elas há a mesma diferença que entre dois momentos: o momento de elaboração e o momento de aplicação concreta. No costume é que teríamos a simultaneidade, a confusão, a coincidência ou como quer que a isso se chame; mas no próprio costume a regra é traçada, não por um ato, e sim por muito, de modo que resulta de membros de totalidades distintas”*¹¹.

Destaca-se que o Poder Judiciário, especialmente ao Supremo Tribunal Federal, incumbe interpretar a Constituição de acordo com a realidade social atual, atualizando-a, de modo que ela seja conformada a essa realidade, visando assim manifestar sua plena força normativa. Já aos operadores do direito, em especial os advogados, cumpre batalhar pelo desempenho da mais autêntica luta pelo direito¹².

1.1.1 Princípio da Economicidade

Para solução das intrincadas questões hermenêuticas em se tratando da Constituição Econômica e da legislação que a ela se subordina, Washington Peluso sugere a aplicação do princípio da economicidade, como forma de atender à linha de maior vantagem quando for escolher a aplicação de um ou de outro dispositivo, não perdendo o sentido de conjunto que marca o sistema jurídico. A sinalização dos fundamentos e fim da ordem econômica daria o sentido de busca de significação. De acordo com a circunstância político-econômica apresentada,

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 355.

¹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do direito**. T. II, Bookseller, Campinas, 2000. p. 151-152.

¹² GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 356.

seria aplicado aquele que mais atenda aos objetivos superiormente definidos. Não se trata de arbítrio ou oportunismo, mas sim de flexibilidade que atende às solicitações apresentadas na dinâmica da política econômica.¹³

A idéia da existência de uma Constituição Econômica é aceita atualmente em decorrência da superação da visão liberal predominante no constitucionalismo conservador do século XIX e início do século XX.¹⁴

O autor Lafayette Petter, trabalha os princípios constitucionais da ordem econômica, fazendo a diferenciação de “fundamentos” e “princípios”, diz:

*“Há de se tomar o “fundamento” como a causa da ordem econômica, ligando-se, portanto, ao próprio objetivo por ela pretendido. Enquanto que os princípios serão os elementos pelos quais aquela ordem se efetivará, ou seja, o ponto de partida para esta efetivação, e que, portanto, não pode ser relegado. Fundamento, no sentido aristotélico, é tomado como causa no sentido de razão de ser. Já o princípio caracteriza o ponto de partida de um processo qualquer”.*¹⁵

Como destaca Peluso, “um inegável empirismo semântico faz com que os termos fundamentos e princípios, em seu uso jurídico, adquiram um sentido mal definido, sendo por vezes assemelhado”.¹⁶

Observa o autor Eros Grau que a compreensão escapa ao âmbito da ciência. Compreender é algo existencial; é experiência, demonstrando que a hermenêutica está ancorada na facticidade e na historicidade, de modo que entre a linguagem, instrumento necessário de que nos utilizamos para apreender o objeto a ser compreendido, e esse objeto interpõem-se os mundos da cultura e da

¹³ PETTER, Lafayette Josué. **Direito Econômico**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 39.

¹⁴ Por constituição econômica há de se entender o conjunto de normas constitucionais que, exclusivamente ou não, regulam fatos que repercutem no modo de ser econômico da sociedade. É a regulação jurídica da Economia, no sentido mais amplo que esta afirmativa comporta (...) A Constituição Econômica representa o ordenamento fundamental de uma comunidade no aspecto econômico. Baseia-se na satisfação para todos das necessidades por intermédio do mercado (ao qual compete a função de ligar os empresários, a força de trabalho e as unidades de consumo entre si). A Constituição Econômica é a ordem fundamental da comunidade econômica, exprimindo a idéia de que todo e qualquer fenômeno econômico socialmente relevante tem de satisfazer os requisitos da justiça. (PETTER, Lafayette Josué. **Direito Econômico**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 42).

¹⁵ PETTER, Lafayette Josué. **Direito Econômico**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 47.

¹⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 115.

história, ou seja, os textos normativos, no caso de interpretação jurídica. Caracteriza este objeto como a interpretação do direito, dizendo que este não pode ser conhecido independente de um sujeito, com base nesta pré-compreensão o processo de interpretação dos textos normativos ganha dinamismo, no seu momento seguinte, em um movimento circular, que o autor chama de círculo hermenêutico, resultando desta interpretação ao final deste percurso a norma¹⁷.

Desta forma, trabalhar-se-á, primeiramente, os conceitos dos fundamentos constitucionais da ordem econômica e após os princípios que baseiam a presente pesquisa.

1.1.2 Valorização do Trabalho Humano

O primeiro fundamento a ser tratado é o da valorização do trabalho humano. No entanto, destaca-se a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa revelam que a Constituição de 1988 prevê uma sociedade brasileira capitalista moderna, na qual a conciliação e a composição entre os interesses dos titulares de capital e trabalho são necessidades a serem viabilizadas pela atuação do Estado. Observa-se que este fundamento está previsto tanto no artigo 1º, IV da Constituição, como fundamento da República Federativa do Brasil, como no artigo 170, caput, como fundamento da ordem econômica, bem como no artigo 193, também da Constituição, como base da ordem social.¹⁸

Como já destacado o fundamento da livre iniciativa ao lado da valorização do trabalho humano é contemplada como fundamento da ordem econômica. Compreende o direito que todos possuem de se lançarem no mercado de trabalho por sua conta e risco, liberdade de lançar-se à atividade econômica sem

¹⁷ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 357.

¹⁸ "Além disso, o trabalho humano e sua valorização encontram-se intimamente relacionados com a dignidade da pessoa humana, pois na medida em que se valoriza aquele, está-se valorizando a pessoa humana, ou seja, a valorização do trabalho humano se sobrepõe aos demais princípios da ordem econômica". (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 720).

encontrar restrições do Estado. Está ligada à concepção liberal do homem evidenciando sua individualidade.¹⁹

Já Eros Grau diz²⁰ que:

“Valorização do trabalho humano e reconhecimento do valor social do trabalho consubstanciam cláusulas principiológicas que, ao par de afirmarem a compatibilização – conciliação e composição – portam em si evidentes potencialidades transformadoras. Em sua interação com os demais princípios contemplados no texto constitucional, expressam prevalência dos valores do trabalho na conformação da ordem econômica, sendo que está prevalência reporta como prioridade sobre os demais valores da economia de mercado”.

Valorizar o trabalho, então, equivale a valorizar a pessoa humana, e o exercício de uma profissão pode e deve conduzir à realização de uma vocação do homem. Paradoxalmente, o mercado considera trabalho humano apenas fator de produção.²¹

1.1.3 Livre Iniciativa

De acordo com Miguel Reale, a livre iniciativa:

“Não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa o princípio da livre iniciativa,

¹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito Econômico Brasileiro**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p. 111.

²⁰ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 201. O autor ainda diz que “A Constituição de 1946 (art. 145) referia conciliação da liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano; a Constituição de 1967 (art. 157, I e II) e a Emenda Constitucional n. 1/69 (art. 160, I e II) colocavam lado a lado, como princípios da ordem econômica, a “liberdade de iniciativa” e a “valorização do trabalho como condição da dignidade humana” – as duas últimas, ademais, introduziram também como princípio da ordem econômica a “harmonia e solidariedade entre os fatores de produção” (Constituição de 1967, art. 157, IV) e a “harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção” (Emenda Constitucional n. 1/69, art. 160, IV). A redação adotada no inciso IV do art. 157 da Constituição de 1967, supondo a possibilidade de harmonia e solidariedade entre os *fatores de produção*, excedia os limites do exagero”.

²¹ PETTER, Lafayette Josué. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 151.

*conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados arts. 1º e 170".*²²

A livre iniciativa é um dos fins da estrutura política e do próprio Estado Democrático de Direito conformado na Constituição Federal. Através dela se viabiliza o desenvolvimento. O empresário determina o que produzir, como produzir, quando produzir e por que preço vender. O consectário natural deste princípio é que a atuação do Estado na economia é sempre subsidiária. A Constituição limitou essa faculdade ao tornar necessário estar-se diante de uma hipótese de segurança nacional ou ao atendimento de relevante interesse coletivo.²³

Livre Iniciativa e livre concorrência: a bem da verdade a liberdade de iniciativa importa na liberdade de concorrência. Ou seja, consagrado o fundamento da livre iniciativa e o disposto no parágrafo único do artigo 170, a concorrência haveria de ser protegida, ainda que do texto constitucional não constasse. Agora, admitida a intervenção do Estado no domínio econômico, há uma modificação no próprio princípio da livre iniciativa que, há muito, deixou de ser correlato a uma política de *laissez faire*. A atuação do Estado sobre a economia é autorizada pelo sistema, que o institui e regulamenta. Mas é natural, entretanto, que quando há referência à "livre iniciativa", tem-se em mente primordialmente o conceito tradicional de liberdade (sensibilidade e acessibilidade a alternativas de conduta e de resultado) e se pensa no agente econômico atuando no mercado com o mínimo de "repressão" estatal. Mas essa visão da livre iniciativa (ou da livre concorrência e mesmo da autonomia privada) não exclui

²² REALE, Miguel. **Inconstitucionalidade de congelamentos**. Folha de São Paulo: 19 out. 1988, p. A-3.

²³ "Como a atividade econômica tem por fundamento a livre iniciativa, ou seja, a liberdade do agente econômico de trilhar os caminhos que bem lhe aprouverem dentro do balizamento normativo autorizado pelo sistema jurídico, o exercício desta liberdade sempre e a cada dia surpreende, caracterizando-se o mercado como o mais dinâmico e produtivo dos sistemas econômicos, mas, pelo mesmo motivo, aquele que mais tende a abusar do poder econômico conquistado dentro deste espaço de liberdade. Há mesmo uma dialética relação entre liberdade e abuso, sendo missão do Direito e dos seus operadores preservar a primeira e tratar de acautelá-la contra o segundo. Ao fundamento da ordem econômica "livre iniciativa" corresponde, dentre outros, o princípio da liberdade de iniciativa econômica. Entretanto, pondere-se que, devido ao fato de a livre iniciativa ser também fundamento do próprio Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, IV), ela não se reveste de fundamento tão-só da ordem constitucional econômica, mas afeta a compreensão de qualquer preceito do texto constitucional". (PETTER, Lafayette Josué. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 163 e 164).

outra que lhe é complementar, a de que essa mesma livre iniciativa, para que continue existindo, deve ser não apenas regulamentada, mas também conduzida pela autoridade governamental.²⁴

1.1.4 Dignidade da Pessoa Humana como finalidade da ordem econômica

A finalidade da ordem econômica é de assegurar, a todos, uma existência digna. Assim, a renovação do princípio da dignidade da pessoa humana como finalidade da ordem econômica tem a ver com a busca de razão e legitimidade para a ordem jurídica no contexto do Estado democrático de Direito e tem fundamento moral.²⁵

Cumprido ressaltar que o princípio da dignidade da pessoa humana não é absoluto. A preceituação constitucional da dignidade da pessoa humana como finalidade da ordem econômica traduz-se numa imperiosa busca de concretude deste valor em cada passo que o intérprete trilhar nos caminhos hermenêuticos palmilhados ao longo da tarefa exegética que se lhe impõe, valendo, porém, observar, igualmente, que, como qualquer outro princípio, nem mesmo a dignidade da pessoa humana pode ser absolutizada, sofrendo ponderação quando em jogo a dignidade de outra ou mais pessoas. Apesar disso, diz-se da mesma ser irrenunciável, não podendo ser destacada do ser humano.²⁶

²⁴ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 229.

²⁵ “Entretanto, a aceleração do processo de globalização econômica experimentada neste final de século vem pondo em risco algumas conquistas históricas no campo dos direitos humanos. A mundialização da economia, regida exclusivamente pelas leis do mercado, reifica o ser humano, tornando-o um mero instrumento – eventualmente descartável – para a maximização dos resultados dos agentes econômicos transnacionais, enquanto se assiste ao esfacelamento do Estado-providência. Paralelamente a isto, desenvolve-se, com algum vigor, certa corrente de pensamento dita ‘pós-moderna’, caracterizada pelo desprezo aos valores emancipatórios universais cristalizados a partir do Iluminismo – liberdade, igualdade, fraternidade -, apoiando-se numa filosofia sem sujeito, onde a categoria “pessoa humana” perde a centralidade. O atual “assédio as muralhas” do princípio da dignidade humana revela, assim, que o mesmo ainda não encontrou o seu “fim da história” e que a sua afirmação, tanto teórica quanto concreta, depende ainda, como sempre, de luta diuturna e incansável”. (SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 66).

²⁶ PETTER, Lafayette Josué. **Direito Econômico**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 59.

O Professor Ingo²⁷ diz:

“Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos”.

Assim a dignidade da pessoa humana apenas restará plenamente assegurada quando viabilizar o acesso de todos não apenas às chamadas liberdades formais, mas, sobretudo, às liberdades reais, ou seja, quando o Estado realmente respeitar, proteger e promover condições que viabilizem a vida com dignidade.²⁸

Embora a doutrina não seja específica em relação à classificação dos princípios da ordem economia, utilizar-se-á a seguir a classificação de acordo com o tema abordado na presente pesquisa.

1.1.5 Princípio constitucional econômico da soberania nacional

A soberania nacional, além de princípio da ordem econômica (artigo 170, I, CF) também está prevista como um princípio fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 1º, I, CF). Demonstra-se assim que a soberania política não sobrevive sem a soberania econômica.

A soberania nacional caracteriza-se como atributo do Estado, ou seja, as políticas econômicas a serem adotadas devem levar o Estado a estabelecer uma posição de soberania interdependente dos demais países, importando, pois, na possibilidade de autodeterminação de sua política econômica.²⁹

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.60.

²⁸ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 199.

²⁹ PETTER, Lafayete Josué. **Direito Econômico**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 63.

Muito embora, este princípio seja norteador da ordem constitucional econômica, encontra-se fortemente corroído em sua conceituação tradicional pelo avanço da ordem jurídica internacional (direito). Embora ele também não pudesse ser interpretado de forma absoluta, em face da crescente e inevitável globalização (fato).³⁰ Observa-se que na verdade o processo de integração global tem levado ao declínio no nacionalismo e à transnacionalização da economia. Mas o papel do Estado que perde importância como ator econômico e aumentado no sentido de orientação e formulação de políticas públicas relativas à responsabilidade no campo social.³¹

Contudo a soberania nacional econômica não supõe o isolamento econômico, mas sim, a modernização da economia e da sociedade, ou seja, a ruptura de nossa situação de dependência em relação às sociedades desenvolvidas.³²

Desta forma, afirmar a soberania econômica nacional como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos a existência digna e como objetivo particular a ser alcançado é definir programa de políticas públicas voltadas a viabilizar a participação da sociedade brasileira, em condições de igualdade, no mercado internacional.³³

³⁰ “Examinado-se as repercussões sobre a política econômica provocadas pela globalização, e fácil notar um arrostamento da soberania econômica e mesmo política. A ação dos Estados e movida pela incessante busca de níveis de competitividade internacional, havendo fortíssima pressão para que Estados liberalizem suas políticas relativas as transações internacionais. Do ponto de vista das grandes empresas, o objetivo é buscar a melhor localização planetária e, como a produção se dá em escala mundial, a padronização dos produtos se empoeira como necessidade estratégica. O que o princípio põe em destaque é que a colaboração internacional não pode chegar ao ponto de subtrair do país as possibilidades de autodeterminação.” (PETTER, Lafayette Josué. **Direito Econômico**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 64).

³¹ “O ambiente institucional público deve orientar-se de modo a possibilitar a criação/desenvolvimento de um sistema econômico institucionalizado em que os agentes econômicos locais possam competir num cenário mundial. Mas também deve levar em conta a construção do Estado Democrático de Direito: reclame de situação de convivência em que a dignidade da pessoa humana seja o centro das considerações da vida social.” (PETTER, Lafayette Josué. **Direito Econômico**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 68).

³² GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 230.

³³ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 232.

1.1.6 Princípio constitucional econômico da propriedade privada e sua função social

A Constituição Federal adota como princípio da ordem econômica a propriedade privada. Assegura-se o uso, o gozo e a disposição dos bens próprios. Mas seu destino, também, esta em assegurar uma utilidade coletiva, não se confundindo com a propriedade egoística dos séculos XVIII e XIX que era utilizada apenas para satisfação de interesses pessoais do proprietário, sem nenhuma contribuição para o bem-estar da coletividade.³⁴

A propriedade privada, elencada como direito fundamental e como princípio da ordem econômica, caracteriza-se como instrumento que também se destina à aquisição dos bens indispensáveis à sobrevivência. Da mesma forma, garante que as pessoas adquiram riqueza em proveito próprio estando, por isso, intimamente relacionada com o direito à liberdade.³⁵

Também é importante destacar o princípio da função social da propriedade que se encontra prevista como direito fundamental e como princípio da ordem econômica, pois ele é o limitador material do exercício formal da propriedade privada. E compreendido como o dever que tem o proprietário de não exercer o seu direito em detrimento de outrem, bem como na sua obrigação de usufruí-lo em favor da coletividade. Busca-se através dessa função social conciliar o benefício individual com o coletivo. Neste aspecto são exigíveis posturas ativas do proprietário. A propriedade privada cumpre a sua função social quando, além de oportunizar a realização da dignidade da pessoa humana também contribuir para o desenvolvimento nacional e para a diminuição da pobreza e das desigualdades sociais. Mais não é simples estabelecer qual a aptidão que um determinado bem possui para a prossecução dos interesses sociais. De qualquer sorte o interesse

³⁴ PETTER, Lafayete Josué. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 199.

³⁵ PETTER, Lafayete Josué. **Direito Econômico**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 72.

coletivo passa desse modo a fazer parte integrante do regime da propriedade individual.³⁶

Cabe ressaltar a distinção explicitada que faz o autor Eros Grau, entre propriedade dotada de função individual e propriedade dotada de função social³⁷:

“Permite-nos operar uma primeira precisão, necessária à compreensão do sentido assumido pelo princípio da função social da propriedade, que, como vimos, tem como pressuposto necessário a propriedade privada, dos bens de produção e de bens que excedam o quanto caracterizável como propriedade afetada por função individual”.

Diante disto, a consagração do princípio da função social da propriedade em si, tomada isoladamente, não significa a preservação da propriedade privada dos bens de produção, pois à função social está assujeitada porque é privada. Sendo sua maior relevância as regras do § 2º do artigo 182 da CF/88 (*política urbana*) e do artigo 184 da CF/88 (*reforma agrária*), demonstrando seguramente, o porquê, são indispensáveis à realização do fim da ordem econômica quanto à integração e modernização do capitalismo nacional.³⁸

1.1.7 Princípio constitucional econômico da livre concorrência

O princípio constitucional econômico da livre concorrência tem um caráter instrumental. Um ambiente concorrencial é tão vital que não seria desarrazoado aferir a legitimidade da economia, e os bons frutos que tal ambiente potencialmente pode produzir, pela dimensão que a concorrência efetiva, leal e concreta, toma nos setores específicos: quanto mais concorrência, mais

³⁶ PETTER, Lafayete Josué. **Direito Econômico**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 74.

³⁷ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. (Explica ainda o autor que “À propriedade dotada de função individual respeita o artigo 5º, XXII da CF/88; já a propriedade que atenderá a sua função social, do inciso XXIII, só pode ser aquela que exceda o padrão qualificador da propriedade como dotada de função individual”. Assim, à *propriedade-função social* que interessa a ordem econômica (propriedade dos bens de produção) respeita o princípio inscrito no artigo 170, II).

³⁸ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

benefícios, não só para os consumidores, mas para estes de um modo especial.

39

A constituição reconhece o poder econômico. O que não é tolerado é o uso abusivo deste mesmo poder. O mercado é um bem protegido pela própria Constituição. Como prescreve o artigo 219 das CF/88, verbis: “*O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio econômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal*”. Não deixa de ser curioso que o “mercado” só é referido na Constituição Federal no artigo 219, dentro do título VIII, que trata da Ordem Social, no capítulo destinado a ciência e tecnologia.⁴⁰

Eros Grau diz que⁴¹ “*o mercado é uma instituição jurídica constituída pelo direito positivo, o direito posto pelo Estado moderno*”. Demonstrando a noção atual de mercado como atividade, ou seja, conjunto de operações econômicas e modelo de trocas; conjunto de contratos, convenções e transações relativas a bens ou operações realizadas no mercado, destes atos de comércio, se supõe a livre competição.

Assim, o mercado além de lugar e princípio de organização social é instituição jurídica (=institucionalizado e conformado pelo direito posto pelo

³⁹ “A partir da adoção de um regime de economia de mercado o princípio da livre concorrência visa a garantir aos agentes econômicos a oportunidade de competirem no mercado de forma justa, isto é, a idéia de conquista de mercado e de lucratividade devera estar ancorada em motivos jurídico-econômicos lícitos (v.g., inovação, oportunidade, eficiência) e não serem decorrentes de hipóteses de abuso do poder econômico (...). Nesse quadro, assume o Estado a tarefa de estabelecer um conjunto de regras com vistas a garantir a competição entre as empresas, evitando as praticas abusivas. Traduz-se, portanto, numa das vigas mestras do êxito da economia de mercado. Neste sentido a Constituição Federal estabelece que a lei reprimira o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, à eliminação de concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. (PETTER, Lafayete Josué. **Direito Econômico**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 75).

⁴⁰ “Diante disto, vislumbra-se, que o mercado é um bem coletivo juridicamente protegido, pois a todos afeta. Sendo assim, quanto melhor ele funcionar mais benefícios trará para todos. Objetiva-se a segurar uma estrutura e um comportamento dos agentes econômicos de modo que a competição, ao selecionar os mais capazes, faça com que fique potencializada a satisfação das necessidades dos consumidores, com uma eficiente afetação de recursos, estes sempre escassos. Parecem assim bem nítidas as vantagens de um efetivo sistema concorrencial”. (PETTER, Lafayete Josué. **Direito Econômico**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 76).

⁴¹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 33.

Estado). O autor Eros Grau diz que⁴² *“a sua consistência é função da segurança e certeza jurídicas que essa institucionalização instala, permitindo a previsibilidade de comportamentos e o cálculo econômico”*.

1.1.8 Princípio constitucional econômico da defesa do consumidor

Cumprido ressaltar, ainda, o princípio constitucional econômico da Defesa do consumidor. Assim, há de se buscar equilíbrio entre as empresas que atuam no mercado e entre estas e os consumidores. Se o mercado tende a ajustar e a aproximar-se do equilíbrio entre oferta e demanda, não há como concebê-lo sem a figura do fornecedor e do consumidor. Se a livre concorrência constitui princípio da atividade econômica, propiciando competição entre os agentes econômicos atuantes em um determinado mercado, certo é que esta competição pode gerar inegáveis benefícios aos consumidores. A legislação de defesa da concorrência nos Estados Unidos e na União Européia têm sempre no centro das preocupações o consumidor e garantia dos respectivos direitos.⁴³

Observa-se que na hipótese de aumento arbitrário dos lucros, ou seja, quando o agente auferir uma grande lucratividade, deve-se coibir tal situação lucrativa, visando a proteção dos consumidores.

Assim, Petter esclarece que nem toda a restrição à livre concorrência ou à livre iniciativa é domínio de mercado ou abuso de posição dominante, mas não há

⁴² GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 35.

⁴³ “Devido à indisfarçável vulnerabilidade do consumidor, sua proteção maior exige a interferência do Estado nas relações privadas. Cresce de importância, neste aspecto, o intervencionismo estatal, como forma de superação desta realidade, cumprindo o Código de Defesa do Consumidor (lei 8078/1990) o papel, lugar para onde foram sistematicamente canalizadas as preocupações do constituinte no respeitante à matéria. Os artigos 5º, XXXII, 24, VIII, 150, § 5º, 170, V, mais o artigo 48 do ADCT tratam da defesa do consumidor. Em termos de relações privadas, antes do surgimento do estatuto consumerista, o referencial teórico e legal orbitava no vetusto Código Civil, arraigado em visão individualista e patrimonialista. Com a introdução do CDC, estabeleceu-se um novo referencial normativo, fomentador de uma pujante e auspiciosa jurisprudência, mais consentânea com as hodiernas exigências de fortalecimento do indivíduo - consumidor frente às realidades e vicissitudes do mercado e da vida”. (PETTER, Lafayette Josué. **Direito Econômico**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 77).

domínio de mercado ou abuso de posição dominante sem restrição à livre concorrência ou à livre iniciativa, à exceção do aumento arbitrário de lucros.⁴⁴

Diante disto, no exame dos princípios constitucionais econômicos pode-se detectar tensão, ou seja, quando do exame de um caso concreto se farão presentes muitos princípios, todos a reclamarem primazia. Nestas situações antinômicas devem ser sopesadas e superadas quando do entabulamento da adequada “resposta jurídica”, com a devida ponderação e proporcionalidade.⁴⁵

De acordo com o autor Otávio Port, o mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Devendo procurá-lo na idéia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa e da dignidade do homem, na Declaração dos Direitos Humanos, nas imunidades e privilégios do cidadão.⁴⁶

Port acrescenta ainda⁴⁷:

“O simples fato da existência da previsão constitucional de um determinado direito não cria, por si só, as condições sócio-econômicas para implementá-lo efetivamente. A aplicabilidade e a interpretação da norma constitucional devem ser regidas pelos princípios de interpretação referidos, mormente pela razoabilidade e proporcionalidade”.

Desta forma a escassez de recursos econômicos ou reserva do possível não pode ser ignorada pelo jurista, sendo que este deve sempre observar a realidade sócio-econômica atual. Bem como, a reserva do possível, não pode

⁴⁴ PETTER, Lafayete Josué. **Direito Econômico**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 252-253.

⁴⁵ “Se é verdade, como ensina a hermenêutica moderna, que não é este ou aquele dispositivo isolado da Constituição que permite captar o sentido da ordem econômica, mas que deve-se a ter ao todo normativo de seus preceitos, não menos verdade é a advertência de que ao operador do Direito não é permitido admitir que os princípios se tornem partem de um discurso retórico-ornamental”. (PETTER, Lafayete Josué. **Direito Econômico**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 99).

⁴⁶ “Despe-se o mínimo existencial de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não fundamental, considerando em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável, por envolver mais os aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil estrema-lo, em sua região periférica, do que é principio ligado à idéia de justiça e de redistribuição da riqueza social”. (PORT, Otávio Henrique Martins. **Os Direitos Sociais e Econômicos**. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 103).

⁴⁷ PORT, Otávio Henrique Martins. **Os Direitos Sociais e Econômicos**. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 105.

simplesmente ser fundamentada para se afastar das eficácias das normas constitucionais que consubstanciam os direitos sociais e econômicos.

Neste sentido, Port diz que⁴⁸:

“Os direitos sociais e econômicos possuem eficácia parcial, no sentido de servir de parâmetro interpretativo no controle jurisdicional das normas ordinárias, afastando portanto as normas a elas antagônicas; criar imposições legiferantes, cujo descumprimento pode gerar a ocorrência de inconstitucionalidade por omissão, e gerar responsabilidade do Estado pela implementação de políticas públicas que concretizem de forma efetiva esses direitos”.

A seguir tratar-se-á dos efeitos deste princípio, sua materialização e eficácia no ordenamento jurídico nacional e como é aplicado nas ações de revisão contratual.

1.2 Da proteção do Consumidor

A proteção constitucional do consumidor, prevista no inciso XXXII do artigo 5º e inciso V do artigo 170 da nossa Lei Maior. De acordo com estes dispositivos e considerando ainda como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a “dignidade da pessoa humana”, pode-se afirmar que o consumidor está em nosso sistema constitucional alçado à categoria de ente fundamental do próprio sistema econômico que deve ser instrumento para o pleno desenvolvimento de suas potencialidades. Assim, deve-se assegurar a proteção e defesa do consumidor, buscando a proteção efetiva da pessoa do consumidor, dotada de dignidade, que não deve mais ser vista como simples peça da engrenagem de uma produção em massa.⁴⁹

Pode-se afirmar que a consagração da defesa do consumidor como um dos pilares fundamentais do sistema jurídico, representa o reconhecimento pelo constituinte, da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Pois

⁴⁸ PORT, Otávio Henrique Martins. **Os Direitos Sociais e Econômicos**. São Paulo: RCS Editora, 2005.

⁴⁹ CALIXTO, Marcelo Junqueira. **O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor**. In *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Coord. MORAES, Maria Celina Bodin de. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 319.

quando os contratantes estão em igualdade de condições ao celebrar um contrato, a autonomia da vontade das partes é capaz de assegurar a efetiva proteção, mas nos casos de desigualdade, torna-se necessário a intervenção do Estado para tratar os desiguais desigualmente, como forma de possibilitar um harmônico desenvolvimento de ambos, sem a exploração do mais fraco pelo mais forte.⁵⁰

Neste mesmo sentido a afirmação de N. Nery Júnior⁵¹ afirma:

“devem os consumidores ser tratados de forma desigual pela lei, a fim de que se atinja, efetivamente, a igualdade real, em obediência ao dogma constitucional da isonomia (art. 5º, caput, CF), pois devem os desiguais ser tratados desigualmente na exata medida de suas desigualdades (isonomia real, substancial e não meramente formal)”.

À revisão contratual é uma forma de se tentar manter o contrato tal como pactuado, sem ter que extingui-lo obrigatoriamente, apenas adequando as bases do pacto original a uma nova realidade, partindo-se da noção de que o vínculo obrigacional não é estático e sim dinâmico, sujeito à ação do tempo, devendo, portanto, sofrer a influencia de fatores determinantes das injunções sociais, polarizado pela idéia do adimplemento.⁵²

Os tradicionais princípios do contrato, liberdade contratual; *pacta sunt servanda* e relatividade dos efeitos do contrato, devem ser somados a outros novos, oriundos da nova principiologia que emerge a partir do Estado Social, que são: a boa fé objetiva; o equilíbrio econômico e a função social do contrato.⁵³

⁵⁰ CALIXTO, Marcelo Junqueira. **O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor.** In *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Coord. MORAES, Maria Celina Bodin de. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 319.

⁵¹ NERY JR, Nelson. **Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor,** in *Revista de Direito do Consumidor*. nº. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 53.

⁵² PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Direito Civil: Alguns aspectos da sua evolução.** Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 226.

⁵³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual.** RT 750/114. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira,⁵⁴ o Código de Defesa do Consumidor protege o consumidor contra a lesão que ocorre quando uma pessoa, sob preeminente necessidade ou por inexperiência, se obriga à prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta, e contra os negócios lesionários, preocupando-se especialmente com a justiça comutativa e o princípio da equidade.

Vislumbra-se uma nova conscientização da função do contrato como operação econômica distributiva na sociedade atual, com o fito de se evitar a exclusão social e o superendividamento, através de uma visão mais social e controlada do contrato. O Estado passa, assim, a interessar-se pelo sinalagma interno das relações privadas e a revisar os excessos, justamente porque, convencido da desigualdade intrínseca e excludente entre os indivíduos, deseja proteger o equilíbrio mínimo das relações sociais e a confiança do contratante mais fraco.⁵⁵

Destaca-se a seguir alguns princípios contratuais importantes ligados à proteção do consumidor no exercício de seus direitos que são: liberdade contratual, força obrigatória dos contratos, relatividade dos contratos, proteção da confiança do consumidor, transparência, boa-fé objetiva, equilíbrio econômico entre as partes, função social do contrato e o princípio da vulnerabilidade.

1.2.1 Princípio da liberdade contratual (autonomia da vontade)

Este princípio foi inspirado no Código Francês, ou seja, o contrato faz lei entre as partes. No entanto, atualmente, este conceito evoluiu, de acordo com Venosa essa liberdade de contratar pode ser vista sob dois aspectos⁵⁶:

“Pelo prisma da liberdade propriamente dita de contratar ou não, estabelecendo-se o conteúdo do contrato, ou pelo prisma da escolha da modalidade do contrato, ou seja, essa liberdade

⁵⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Lesão nos Contratos**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 210 e 212.

⁵⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 240-241.

⁵⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 374.

contratual permite que as partes se valham dos modelos contratuais constantes do ordenamento jurídico (contratos típicos), ou criem uma modalidade de contrato de acordo com as suas necessidades (contratos atípicos)”.

Contudo, é importante observar que atualmente o Estado intervém crescente e progressivamente nas relações contratuais privadas, tendo em vista que existem imposições econômicas que dirigem essa vontade contratual, como por exemplo, as normas cogentes que não podem ser tocadas pelas partes contratantes, ou as normas supletivas que serão aplicadas no silêncio das partes.

57

Diante disto, o controle judicial não se manifestará apenas para examinar as cláusulas contratuais, mas desde o início do negócio jurídico, não sendo mais visto como um instrumento individualista de utilidade dos contratantes, mas visto no sentido social de utilização para a comunidade/sociedade⁵⁸. Nesse sentido, Venosa diz que *“pode ser coibido o contrato que não busca essa finalidade”*.

Ressalta-se assim, que a autonomia da vontade ilimitada é a liberdade que os particulares têm em contratar ou não, de acordo com a sua vontade. Já a autonomia privada permite a celebração do contrato entre as partes, porém, observando as restrições impostas pela lei e pelo Estado, ou seja, fundamentada nas relações negociais do contrato, principalmente nas relações de consumo.

1.2.2 Princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*)

Conceitua Venosa dizendo que⁵⁹: *“Um contrato válido e eficaz deve ser cumprido pelas partes: pacta sunt servanda. O acordo de vontades faz lei entre as partes”*.

⁵⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 376.

⁵⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 376.

⁵⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 376.

Essa obrigatoriedade forma a base do direito contratual. O ordenamento deve conferir à parte instrumentos judiciais para obrigar o contratante a cumprir o contrato ou a indenizar pelas perdas e danos.⁶⁰

Ainda, Claudia Lima Marques⁶¹ destaca que:

“A idéia de força obrigatória dos contratos significa que uma vez manifestada a vontade as partes estão ligadas por um contrato, têm direitos e obrigações e não poderão se desvincular, a não ser através de outro acordo de vontade ou pelas figuras da força maior e do caso fortuito (...) Ao juiz não cabe modificar e adequar à equidade a vontade das partes, manifestada no contrato, ao contrário, na visão tradicional, cabe-lhe respeitá-la e assegurar que as partes atinjam os efeitos queridos pelo seu ato. No entanto, observa-se, como corolário da liberdade e autonomia da vontade, a força obrigatória dos contratos fica limitada às pessoas que dele participaram, manifestando a sua vontade (inter partes)”.

O princípio da conservação do contrato é, também, um informador da revisão contratual por lesão ou onerosidade excessiva superveniente, porém em bases equilibradas, tendo em vista que o atual ordenamento jurídico, à luz do artigo 6º, V, do CDC, dá preferência à revisão ou modificação das cláusulas contratuais, em vez da simples resolução de todo o contrato. Tal tendência tem por base o dever de cooperação, oriundo da boa-fé objetiva, para que haja uma adaptação dos termos do contrato e, conseqüentemente, a sua renegociação.⁶²

No sistema do Código de Defesa do Consumidor, o princípio da obrigatoriedade do contrato não atinge de modo integral o consumidor, nem o próprio fornecedor. O primeiro, por força do artigo 6º, V, do CDC, que consagra a possibilidade de revisão do contrato; o segundo, por força do artigo 51, § 2º, do CDC, que permite a resolução – não a revisão – do contrato, quando, da nulidade

⁶⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 377.

⁶¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 50.

⁶² SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor: para um cotejo com o Código Civil**. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 317.

de uma cláusula, apesar dos esforços de integração do contrato, decorre ônus excessivos para qualquer das partes.⁶³

Desta forma, não sendo possível a composição da lide e nem o caso de nulidade incontornável, poderá o juiz, por força do poder revisionista que lhe é conferido, em defesa do direito do consumidor, prolatar sentença constitutiva para rever o eixo obrigacional do contrato alterado a base normativa da avença, para equalizar a situação de desequilíbrio ou desproporção entre as prestações e de promover a justiça social no caso concreto.⁶⁴

Nessa esteira, a revisão do contrato será preferível à resolução, sempre que aquela for possível, em homenagem ao princípio da conservação dos contratos, segundo a qual a revisão se afigura mais oportuna, pois não se cogita um contrato que haja perdido a sua utilidade, senão apenas de um contrato que perdeu seu equilíbrio.⁶⁵

1.2.3 Princípio da relatividade dos contratos

A regra geral, segundo Venosa⁶⁶, “*é que o contrato só ataca aqueles que dele participaram. Sendo assim, seus efeitos não podem nem prejudicar, nem aproveitar a terceiros*”. Assim, o contrato afeta somente os partícipes do negócio, ou seja, ninguém pode tornar-se credor ou devedor contra sua vontade.

Contudo é preciso observar as exceções, como às obrigações que entendem seus efeitos a terceiros, os chamados efeitos externos. Bem como, o

⁶³ NERY JR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

⁶⁴ RANGEL, Maurício Crespo. **A revisão contratual no Código de Defesa do Consumidor**. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: v.71, p. 187-188, set. 2009.

⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo. **A teoria da imprevisão e os contratos de financiamento firmados à época do plano cruzado**. RF 301/52. Rio de Janeiro: Forense, jan. –mar. 1988.

⁶⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 378.

princípio da relatividade não se aplica somente em relação entre as partes, mas também em relação ao objeto.⁶⁷

Desta forma o contrato não produz efeito com relação a terceiros, a não ser nos casos previstos na lei, compreende-se como parte contratual aquele que estipulou diretamente o contrato, ou seja, o destinatário final dos seus efeitos, bem como, deve ser considerado como terceiro, quem quer que apareça estranho ao pactuado, ao vínculo e aos efeitos finais do negócio.⁶⁸

O princípio da função social do contrato relativiza esta relatividade contratual, reconhecendo os deveres laterais ou conexos que será abordado nos próximos pontos.

1.2.4 Princípio da proteção da confiança do consumidor

O Código de Defesa do Consumidor institui no Brasil o princípio da proteção da confiança do consumidor. Esse princípio abrange dois aspectos: primeiro, a proteção da confiança do vínculo contratual que procura assegurar o equilíbrio do contrato de consumo, seja através da proibição de cláusulas abusivas, seja de uma interpretação mais favorável ao consumidor. Segundo, a proteção da confiança na prestação contratual que garanta a adequação do produto ou do serviço, assim como evitar riscos e prejuízos deles oriundos.⁶⁹

Cláudia de Lima Marques conceitua este princípio como forma de garantir ao consumidor a adequação do produto e do serviço, evitando os riscos e prejuízos que podem surgir destes produtos e serviços, visando assegurar o ressarcimento do consumidor, em caso de insolvência, de abuso, desvio da

⁶⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 377.

⁶⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 378.

⁶⁹ “A proteção da confiança não se resume aos elementos internos, mas, também, a elementos externos sociais e antropológicos do contrato, antigamente considerados metajurídicos, mais que atualmente ganham cada vez mais relevância na solução dos conflitos contratuais. Um desses elementos é a pressão sofrida pela parte vulnerável por parte de quem detêm uma posição de poder em relação ao mesmo” (RANGEL, Maurício Crespo. **A revisão contratual no Código de Defesa do Consumidor**. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: v.71, p. 174, set. 2009).

pessoa jurídica-fornecedora, para regular também alguns aspectos da inexecução contratual do próprio consumidor.⁷⁰

1.2.5 Princípio da Transparência

Na formação dos contratos entres consumidores e fornecedores o novo princípio básico norteador e aquele instituído pelo art. 4º, caput, do CDC, o da transparência. Visa assim possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre o fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual.⁷¹

Contudo o princípio da transparência rege tanto o momento pré-contratual, como a eventual conclusão do contrato. É mais do que um simples elemento formal, afeta a essência do negocio, pois a informação repassada ou requerida integra o conteúdo do contrato ou, se falha, representa a falha na qualidade do produto ou serviço oferecido. Concretiza assim a idéia de reequilíbrio de forças nas relações de consumo em especial na conclusão de contrato de consumo, imposto pelo CDC como forma de alcançar a justiça contratual.⁷²

Desta forma, como reflexos desde princípio, têm o novo dever de informar o consumidor, seja através da oferta, clara e correta sobre as qualidades do produto e as condições do contrato, sob pena de o fornecedor responder pela falha da informação ou ser forçado a cumprir a oferta nos termos em que foi feita seja através do próprio texto do contrato, conforme prevê o art. 46º, que diz que o contrato deve ser redigido de maneira clara, em especial os contratos pre-elaborados unilateralmente, devendo fornecedor dar oportunidade ao consumidor

⁷⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 981-982..

⁷¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 595.

⁷² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 598.

conhecer o conteúdo das obrigações que assume, sob pena do contrato por decisão judicial não obrigar o consumidor mesmo se devidamente formalizado.⁷³

1.2.6 Princípio da Boa-Fé objetiva

Destaca-se ainda o princípio da boa-fé objetiva. Para se alcançar a função social do contrato e preciso que as partes ajam com boa-fé objetiva, a fim de se evitar os abusos decorrentes do desequilíbrio entre as partes, viciando a vontade.⁷⁴

“O caput do art. 4º do CDC menciona além da transparência, a necessária harmonia de relações de consumo. Esta harmonia será buscada através da exigência de boa fé nas relações entre consumidor e fornecedor. Segundo dispõe o art. 4º do CDC, inciso terceiro, todo o esforço do Estado ao regular os contratos de consumo deve ser no sentido de harmonização dos interesses dos participantes nas 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.”⁷⁵

Tendo em vista que o princípio da boa-fé não se sujeita a uma única definição, pode-se dizer que este princípio representa no modelo atual de contrato, o valor da ética: lealdade, correção e veracidade compõe o seu substrato, o que explica a sua irradiação difusa, o seu sentido e alcance alargados, conformando todo o fenômeno contratual e, assim, repercutindo sobre os demais princípios, na medida em que todos eles a soma repudiam ao abuso da liberdade contratual aqui tem dado lugar a ênfase excessiva no individualismo e no voluntarismo jurídicos.⁷⁶

A fundamentação constitucional do princípio da boa-fé assenta na cláusula geral de tutela da pessoa humana – em que esta se presume parte integrante de uma comunidade, e não um ser

⁷³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 599.

⁷⁴ “A boa-fé objetiva é uma regra de conduta, um dever de agir conforme padrões socialmente recomendados de correção, lisura e honestidade, para não quebrar a confiança da outra parte. Presentes aí os dois elementos. A confiança de um e a conduta de outro” (RANGEL, Maurício Crespo. **A revisão contratual no Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: v.71, p. 176, set. 2009).

⁷⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁷⁶ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**. 2º ed. São Paulo: Renovar, 2006. p. 116.

isolado, cuja a vontade em si mesma fosse absolutamente soberana, embora sujeita a limites externos. Mais especificamente e possível reconduzi o princípio da boa-fé ao ditame constitucional que determina como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade solidária, na qual o respeito pelo próximo seja um elemento essencial de toda e qualquer relação jurídica. Neste sentido “a incidência da boa-fé objetiva sobre a disciplina obrigacional determina uma valorização da dignidade da pessoa, em substituição à autonomia do indivíduo, na medida em que se passa a encarar as relações obrigacionais como um espaço de cooperação e solidariedade entre as partes e, sobre tudo, de desenvolvimento da personalidade humana”. Trata-se, como observa Judith Martins, de uma novidade: “a novidade está na consideração das relações obrigacionais – por muito tempo tidas exclusivamente como o reino do interesse individual, ate mesmo egoísta – como relações que podem e devem concretizar, em larga medida, deveres de solidariedade social.”⁷⁷

Judith Martins-Costa enumera e exemplifica os principais deveres jurídicos criados pela incidência da boa-fé objetiva:

“a) Deveres de cuidado, previdência e segurança, como dever do depositário de não a penas guardar a coisa, mais também acondicionar o objeto deixado em deposito; b) Deveres de aviso e esclarecimento, como o do advogado, de aconselhar o seu cliente acerca das melhores possibilidades de cada via judicial possível de escolha de satisfação de seu interesse; c) Deveres de informação, de exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas de consumo, seja por expressa disposição legal, seja em atenção ao mandamento da boa-fé objetivo; d) Dever de prestar contas, que incumbe ao gestores e mandatários, em sentido amplo; e) Deveres de colaboração e cooperação, como de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, ao qual se liga, pela negativa, o de não dificultar o pagamento, por parte do devedor; f) Deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte, o dever do proprietário de uma sala de espetáculos ou de um estabelecimento comercial de planejar arquitetonicamente o prédio, afim de diminuir os riscos de acidentes; g) Deveres de omissão e de segredo, como dever de guardar sigilo sobre atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares.”⁷⁸

Observa-se assim, que o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta leal, correto e honesto que, contudo, se concretiza em exigências que não podem ser de antemão definidas. Nesta linha, é perfeita a observação de Regis Fichtner Pereira:

⁷⁷ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**. 2º ed. São Paulo: Renovar, 2006.

⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 439.

*“Não parece possível a dedução de uma fórmula de fixação do conteúdo do princípio da boa-fé aplicável a todas as situações que surgem na sociedade. A fixação desse conteúdo somente se pode dar caso a caso, segundo as circunstâncias que cercam a atuação das partes, conforme a natureza da relação que travam em sociedade, a sua própria situação sócio-econômica, e outros fatores”.*⁷⁹

Desta forma, sempre quando o contrato satisfaz apenas uma das partes, prejudicando a outra, o pacto não cumpre sua função social, podendo a parte prejudicada socorrer-se ao judiciário para que este promova o re-equilíbrio contratual, revisando as cláusulas prejudiciais a uma das partes.⁸⁰

1.2.7 Princípio do equilíbrio econômico entre as partes

Outro princípio a ser destacado é do equilíbrio econômico entre as partes. Durante a Idade Média, a idéia de que todos os contratos deveriam mostrar um equilíbrio entre as respectivas prestações era bastante aceita. Para São Tomás de Aquino, os dois lados do contrato deveriam apresentar uma certa equivalência, e pagar menos que o preço justo, ou *iustum pretium*, seria considerado um pecado. O que era determinado pela modernidade cristã era visto como plausível pelos juristas do Direito Natural: dever-se-ia evitar a lesão enorme nos contratos.

81

A partir do texto constitucional pode-se construir uma argumentação em torno dessa nova realidade contratual. A República Federativa do Brasil possui como objetivo fundamental – dentre outros – “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Conforme a artigo 3º, I, CF/88.⁸²

⁷⁹ PEREIRA, Regis Fichtner. **A Responsabilidade Pré-contratual, Teoria Geral e Responsabilidade Pela Ruptura das Negociações Contratuais**. Tese de Doutorado Orientada Pelo Professor Vicente Barreto. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da UERJ, jan. 2000.

⁸⁰ NEIVA, Gerivaldo Alves. Sentença. Disponível em: <<http://gerivaldoneiva.blogspot.com/2009/05/teoria-na-pratica-liminar-e-sentenca.html>> acesso em: 25 de outubro de 2010.

⁸¹ MARQUES Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

⁸² “A equidade, ou o equilíbrio nas relações contratuais, há de se constituir num dos princípios de que valerá o sistema para alcançar aqueles escopos traçados na Carta Magna” (RANGEL,

Assim, institui o CDC normas imperativas, as quais proíbem a utilização de qualquer cláusula abusiva, definidas como as que assegurem vantagens unilaterais ou exageradas para o fornecedor de bens e serviços, ou seja, incompatíveis com a boa-fé e ao equidade (art. 51, IV, do CDC).⁸³

Assim, o Poder Judiciário declarará nulidade absoluta destas cláusulas, a pedido do consumidor, de suas entidades de proteção, do Ministério Público e mesmo, incidentalmente, *ex officio*. O que demonstra que a vontade das partes manifestada livremente no contrato não é mais o fator decisivo para o Direito, pois as normas do Código instituem novos valores superiores como o equilíbrio e a boa-fé nas relações de consumo. Visando assim proteger não só a vontade das partes, mas também os interesses e expectativas dos consumidores.⁸⁴

A. Castanheira Neves diz: “A verdadeira justiça só será a que se recusa a cobrir com o equilíbrio aparente das justificações formais as verdadeiras injustiças dos desequilíbrios reais”.

É possível identificar uma crescente penetração deste princípio no direito positivo. Se bem que a lesão – acarretada pela desproporção entre prestações contratuais – seja uma figura muito antiga, traz em sua atual concepção o ressurgimento de uma noção de equilíbrio substancial, obscurecidas pelo dogma da autonomia da vontade.⁸⁵

As idéias de equilíbrio, equidade e proporcionalidade formam uma complexa tríade no direito dos contratos contemporâneo, aproximando o jurista da reflexão filosófica, que desde sempre elegeu a justiça como um de seus problemas centrais. Caio Mário, neste sentido, afirma que “o problema da lesão

Maurício Creso. **A revisão contratual no Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: v.71, p. 185, set. 2009).

⁸³ MARQUES Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.741.

⁸⁴ MARQUES Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.742.

⁸⁵ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**. 2º ed. São Paulo: Renovar, 2006. p. 156.

*vai confinar com aquele outro muito mais grave – o da justiça – e de tal forma se entrelaça, que equacionar o primeiro é deduzir a fórmula do segundo”.*⁸⁶

Todavia, os princípios da boa-fé e da função social e o princípio do equilíbrio econômico do contrato, encontram-se fundado na Constituição e podem levar à admissão da lesão e a excessiva onerosidade.⁸⁷

Neste sentido, observa Serpa Lopes:

*“A idéia de lesão é um dos movimentos tendentes a restaurar a equidade nas obrigações, posta de lado, como se encontrou, pelos princípios do liberalismo econômico preponderante ao tempo da feitura do nosso Código Civil. Visa impedir a injustiça usurária, sendo certo que o credor abusa do seu direito se, no exercício do seu crédito, consegue obter um enriquecimento injusto”.*⁸⁸

Diante disto, o princípio do equilíbrio econômico do contrato remete, portanto, a uma dada definição filosófica de justiça, sintetizada na idéia de “meio termo”. Este meio termo resta comprometido, na relação contratual, sempre que se verificar um certo nível de desproporção entre prestações que se supõem minimamente equivalentes.⁸⁹

1.2.8 Princípio da Função Social

Inserido no contexto do Estado Democrático de Direito, os contratos assumiram sua função social, limitando a liberdade entre as partes. Embora o contrato seja celebrado para produzir efeitos entre as partes, eles geralmente afetam um número de pessoas que vai além das partes contratantes.⁹⁰

⁸⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos Contratos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 7.

⁸⁷ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**. 2º ed. São Paulo: Renovar, 2006. p. 157.

⁸⁸ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil, Fonte das Obrigações: Contratos**. vol. III, 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. p. 73.

⁸⁹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**. 2º ed. São Paulo: Renovar, 2006. p. 169.

⁹⁰ ALVES JÚNIOR, Milton. **A Revisão Judicial dos Contratos**. Revista Magister de Direito Empresarial nº12. Porto Alegre: Magister, 2007. p. 56.

O princípio da função social do contrato foi introduzido de forma expressa no Código Civil de 2002, em seu artigo 421. Segundo este artigo, “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.⁹¹

O princípio da função social aprofunda os questionamentos à ótica individualista, compondo um aspecto a mais da complexa noção de abuso da liberdade contratual.⁹²

Combinado aos demais princípios, o princípio da função social importa redefinir o alcance daqueles outros princípios da teoria clássica, constituindo-se em um condicionamento adicional imposto a liberdade contratual.⁹³

Antonio Junqueira de Azevedo analisa a responsabilidade do terceiro que, por meio de um subsequente contrato, contribui para o inadimplemento de obrigação contratual previamente assumida pelo devedor, diz o autor:

*“(...) o princípio da função social encontra fundamento constitucional no princípio da solidariedade, a exigir que os contratantes e os terceiros colaborem entre si, respeitando as situações jurídicas anteriormente constituídas, ainda que as mesmas não sejam providas de eficácia real, mas desde que a sua prévia existência seja conhecida pelas pessoas implicadas (...)”.*⁹⁴

O princípio da função social do contrato visa verificar de que modo se dá a interação entre tal princípio e o clássico princípio da relatividade, que, em sentido oposto, postula o isolamento da relação contratual, circunscrevendo seus efeitos aos contratantes.⁹⁵

⁹¹ MARQUES Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 175.

⁹² NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**. 2º ed. São Paulo: Renovar, 2006. p. 207.

⁹³ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**. 2º ed. São Paulo: Renovar, 2006. p. 208.

⁹⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual**. RT 750/114. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998. p.113.

⁹⁵ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**. 2º ed. São Paulo: Renovar, 2006. p. 211.

1.2.9 Princípio da Vulnerabilidade

O princípio da vulnerabilidade é o princípio básico afirmado pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, artigo 4º inciso I, pois reconhece a vulnerabilidade do consumidor perante o mercado de consumo, sendo o próprio conceito de consumidor que o fundamenta. Observa-se que a doutrina e a jurisprudência têm utilizado da consagração deste princípio para limitar as hipóteses em que determinada pessoa, física ou jurídica, pode ser reputada consumidora, a merecer a proteção da lei especial.⁹⁶

O autor Paulo Valério Dal Pai Moraes classifica em sete, as espécies de vulnerabilidade, no entanto outra parte da doutrina como Marcelo Junqueira Calixto, classifica em três formas. Assim trabalhar-se-á de forma sucinta apenas às espécies relevantes para a presente pesquisa.

A vulnerabilidade Técnica é o desconhecimento do consumidor das qualidades intrínsecas do produto, ou seja, a inexperiência do consumidor sobre os produtos e serviços que não permite que ele possa avaliar exatamente os riscos, malefícios, ou benefícios exatos de cada produto ou serviço⁹⁷.

Neste sentido, Paulo Valério Dal Pai Moraes, diz:

*“a vulnerabilidade técnica se configura por uma série de motivos, sendo os principais a falta de informação, informações prestadas incorretamente e, até mesmo, o excesso de informações desnecessárias, esta última, muitas vezes, tendo o condão de impedir que o consumidor se aperceba daquelas que realmente interessa”.*⁹⁸

Assim, a vulnerabilidade se concretiza porque a complexidade do mundo é ilimitada, sendo impossível o consumidor ter conhecimento específico, dos

⁹⁶ CALIXTO, Marcelo Junqueira. **O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor. In Princípios do Direito Civil Contemporâneo.** Coord. MORAES, Maria Celina Bodin de. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 323.

⁹⁷ CALIXTO, Marcelo Junqueira. **O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor. In Princípios do Direito Civil Contemporâneo.** Coord. MORAES, Maria Celina Bodin de. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 324.

⁹⁸ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito.** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 142.

malefícios e das conseqüências em geral da utilização ou contato com os modernos produtos e serviços.⁹⁹

Na vulnerabilidade jurídica existe controvérsia na doutrina, pois parte da doutrina dizem que esta vulnerabilidade apresenta-se como a ignorância do valor e do alcance dos termos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia.¹⁰⁰

Já outra parte da doutrina como Paulo Valério Dal Pai Moraes esclarece que a vulnerabilidade jurídica não é o mero desconhecimento do consumidor sobre seus direitos, pois isso seria o mesmo que vulnerabilidade técnica. Assim, uma idéia mais adequada, seria aquela advindo da dificuldade que o consumidor encontra para defender seus direitos, pois muitas vezes há o direito tutelado, mas não há a conveniência de buscá-lo.¹⁰¹

Vulnerabilidade fática ou sócio-econômica ocorre sempre que a outra parte da relação de consumo, ou seja, o fornecedor ocupa uma posição de monopólio fático ou jurídico e por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam.¹⁰²

Pode-se dizer assim, que o consumidor é economicamente vulnerável porque está submetido às imposições econômicas e políticas dos mais fortes,

⁹⁹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 142.

¹⁰⁰ CALIXTO, Marcelo Junqueira. **O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor. In Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Coord. MORAES, Maria Celina Bodin de. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 324.

¹⁰¹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 146.

¹⁰² CALIXTO, Marcelo Junqueira. **O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor. In Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Coord. MORAES, Maria Celina Bodin de. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 324.

sofrendo diretamente os reflexos de qualquer medida que venha a interferir na circulação da moeda e, principalmente do crédito.¹⁰³

Cumpra-se destacar também a vulnerabilidade neuropsicológica que é causada pelos espaços da mídia, propagandas que seduzem o consumidor o tempo todo.¹⁰⁴

O autor Paulo Valério Dal Pai Moraes enumera 14 formas de tornar o consumidor vulnerável, não cabe na presente pesquisa trabalhar todas estas formas, no entanto cumprem destacar algumas.

O tecnicismo, ou seja, as inúmeras disposições escritas em linguagem técnica, pretendendo impedir o vulnerável de avaliar com segurança as possibilidades de cumprir o contrato.¹⁰⁵

Igualmente a complexidade e a extensão contratual repletos de remissões a cláusulas que estão em partes variadas do contrato, obrigando quem lê o documento a parar e deslocar sua atenção para o final das disposições, tentando sempre dificultar o conhecimento dos preceitos.¹⁰⁶

Ressalta-se a predisposição e generalidade dos contratos. Observa-se que a própria natureza dos contratos de adesão oferecidos a consumidores já demonstra que o conteúdo das cláusulas foi escolhido unilateralmente, trazendo maiores benefícios para quem o criou. Os contratos de massa, não admitem, de modo geral, a inclusão ou exclusão de cláusulas. Assim, ou o consumidor adere

¹⁰³ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito.** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 180.

¹⁰⁴ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito.** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 166.

¹⁰⁵ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito.** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 245.

¹⁰⁶ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito.** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 245.

ao instrumento da forma com ele está sendo oferecido, ou não concretiza o negócio, ficando desatendida alguma necessidade que possua.¹⁰⁷

Outra forma de suma importância são as cláusulas abusivas, sendo o grande fator de vulnerabilidade nos contratos, sem dúvida alguma, é o relativo à existência de disposições que extrapolam o direito reconhecido de livre fixação das regras do contrato. Ou seja, o abuso, o excesso de liberdade de assim o fazer concedido ao pólo mais forte, sem que igual possibilidade exista para o vulnerável.¹⁰⁸

Diante do exposto, observava-se a importância desses princípios de proteção ao consumidor, pois todos eles fundamentam as ações de revisão contratual, o que será observado a seguir.

2. A Revisão Contratual

O Código Civil de 2002 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da resolução dos contratos por onerosidade excessiva (arts. 478, 479 e 480). Desta forma, a superveniente onerosidade excessiva da prestação de uma das partes, causada por fatores extraordinários e imprevisíveis, permite a resolução do contrato.

De acordo com esta regra, o Código Civil oferece duas ressalvas, que estão previstas nos artigos 479 e 480. O artigo 479 permite a revisão do contrato quando o réu oferecer modificar equitativamente as condições que trouxeram desequilíbrio para o contrato. Já o artigo 480 permite a redução da prestação devida ou a alteração de seu modo de execução, quando se tratar de contrato no qual as obrigações couberem apenas a uma das partes.

¹⁰⁷ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 246.

¹⁰⁸ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 257.

Entretanto, essas possibilidades de revisão contratual apresentadas pelo Código Civil de 2002 são insuficientes diante das necessidades da sociedade atual. No entanto esta insuficiência do não será tratada, pois a pesquisa é voltada para o Código de Defesa do Consumidor, não sendo necessário tratar aqui das lacunas do Código Civil vigente.

Alguns autores dizem que o ideal seria que o Código Civil tivesse estabelecido o instituto da revisão dos contratos por onerosidade excessiva, e não a resolução. Tendo em vista que a corrente doutrinária é mais voltada para a manutenção dos contratos do que para a sua extinção, podendo ser comprovado por diversos artigos, como art. 184, 317, e o 479, todos do Código Civil. Desta forma estes artigos devem ser revistos por meio de interpretação sistemática e teleológica, devendo no instituir o instituto da revisão dos contratos por onerosidade excessiva no lugar do instituto da resolução.¹⁰⁹

As pessoas ao celebrarem um contrato buscam, em regra, um objetivo de ordem patrimonial, social, educacional, cultural, desportiva, filantrópica. Essa é a finalidade do contrato, permitir a circulação de riquezas e o desenvolvimento da cultura, do esporte, da educação, e diversos outros setores da sociedade. Sendo assim, a revisão judicial dos contratos é um meio de manter-se o contrato, buscando o Estado intervir para restabelecer o equilíbrio da relação contratual.

Destaca-se que a revisão judicial dos contratos tem como fundamento os princípios da função social do contrato e a manutenção dos contratos. Sendo assim, diante do caso concreto, o juiz deverá sempre se valer de análises econômico-financeiras do contrato, utilizando-se de auxílio técnico para buscar restabelecer o equilíbrio contratual.¹¹⁰

A revisão contratual é, portanto, uma forma de se tentar manter o contrato tal como pactuado, sem ter que extingui-lo obrigatoriamente, apenas adequando as bases do pacto original a uma nova realidade, partindo-se da noção de que o

¹⁰⁹ ALVES JÚNIOR, Milton. **A Revisão Judicial dos Contratos**. Revista Magister de Direito Empresarial nº12. Porto Alegre: Magister, 2007, p. 49.

¹¹⁰ ALVES JÚNIOR, Milton. **A Revisão Judicial dos Contratos**. Revista Magister de Direito Empresarial nº12. Porto Alegre: Magister, 2007, p. 63.

vínculo obrigacional não é estático e sim dinâmico, sujeito à ação do tempo, devendo, portanto, sofrer a influencia de fatores determinantes das injunções sociais, polarizado pela idéia do adimplemento. ¹¹¹

Orlando Gomes diz que *“Há, enfim, onerosidade excessiva quando prestação relativa a uma obrigação contratual torna-se, no momento da execução, bem mais gravosa do que era no momento em que surgiu”*. ¹¹²

O direito de pleitear a revisão contratual por excessiva onerosidade superveniente à contratação é um direito que o artigo 6º, V, 2ª parte, do CDC confere apenas ao consumidor. ¹¹³

O Código de Defesa do Consumidor estabelece alguns requisitos para haver revisão contratual por onerosidade excessiva. O primeiro deles diz respeito à prestação que será revisada que deve ser duradoura ou periódica. ¹¹⁴

As prestações que se enquadram nessa classificação serão objeto de revisão contratual quando sua excessiva onerosidade decorrer de fatores posteriores à formação do contrato, pois as obrigações instantâneas, que se realizam num só momento, não têm tempo para resultar excessivamente onerosas por motivos supervenientes. ¹¹⁵

Outro requisito necessário à revisão será a bilateralidade dos contratos ajustados, ou seja, a bilateralidade no sentido da reciprocidade entre as prestações das partes contratantes. *“São contratos sinalagmáticos, bilaterais, ou com prestações recíprocas, aqueles que fluem, ao mesmo tempo e para cada*

¹¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.226.

¹¹² GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 179.

¹¹³ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 139.

¹¹⁴ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 139.

¹¹⁵ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 140.

uma das partes, obrigações e direitos a prestações recíprocas, ligadas entre si por uma relação de interdependência". ¹¹⁶

Impõe-se o requisito da bilateralidade contratual em virtude de existir nessa espécie de contrato um sinalagma funcional, que justifica a possibilidade de revisão contratual por onerosidade excessiva superveniente, pois, neste caso, não existe falta da prestação correspondente, mas sua presença é apenas aparente porque ela está sensivelmente esvaziada de valor. Portanto, o desaparecimento do sinalagma em virtude da onerosidade enorme de uma prestação em face da outra vai dar ensejo à revisão daquela situação. ¹¹⁷

Neste contexto, destaca-se o financiamento bancário como uma espécie de contrato de mútuo em que a obrigação do mutuário realiza-se por meio de prestações diferidas ou de trato sucessivo.

Segundo Caio Mário¹¹⁸, pode-se afirmar que:

"no mútuo feneratício o mutuário é obrigado a pagar juros. Se deixa de fazê-lo pode o mutuante demandar a resolução contratual do contrato, o que constitui singularidade, pois a resolução por inexecução é própria dos contratos bilaterais ou sinalagmáticos".

Observe-se que o mútuo é o único contrato unilateral oneroso quando feneratício.¹¹⁹ A onerosidade do mútuo feneratício e seu pagamento em parcelas pelo devedor, como ocorre no financiamento, são as razões que justificam o fato de o mútuo incorrer nessa excepcionalidade de poder ser revisto no caso de excessiva onerosidade superveniente. Afinal, o fato de o mutuário executar parceladamente suas obrigações gera a possibilidade de as prestações que se

¹¹⁶ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 141.

¹¹⁷ Esse raciocínio foi desenvolvido por Ricardo Pereira Lira, Revista cit., p.11, "A onerosidade excessiva nos contratos, como requisito para a resolução contratual por onerosidade excessiva, cujos requisitos muito se aproximam dos requisitos para a revisão contratual por onerosidade excessiva". (BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 139).

¹¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 3. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 240.

¹¹⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 319.

prolongam no tempo serem afetadas pela vultosa onerosidade decorrente de transformações posteriores à contratação.¹²⁰

2.1 O atual sistema revisional dos contratos bancários

Esta modalidade de ação judicial tem por objetivo revisar as cláusulas constantes em um contrato realizado entre o consumidor e a Instituição Financeira, para fins de equilibrar a relação havida, evitando os abusos e limitando a taxa de juros remuneratório praticada, que muitas vezes pode ser considerada abusiva, além de limitar ou anular outras cláusulas consideradas abusivas nos termos do Código de Defesa do Consumidor.¹²¹

A possibilidade de revisão contratual é tese cada vez mais presente no Judiciário depois que o STF (Supremo Tribunal Federal) através da ADIN 2591, que definiu que o Código de Defesa do Consumidor se aplica as instituições financeiras, confirmado também pela sumula 297 do STJ.

*“O nosso Código de Defesa do Consumidor nada mais fez do que ressaltar o que sempre esteve subentendido no sistema contratual - a boa fé objetiva e a justiça contratual, reflexos no campo do Direito Contratual dos novos valores do sistema jurídico como um todo e não ao pacta sunt servanda onde os Bancos se apoiam para fazer valer um contrato eivado de vicissitudes abusivas. Conseqüentemente, as disposições do nosso Código devem ser aplicadas sempre que frente a frente estiverem contratantes desequilibrados economicamente, ou em situações em que a vontade de um, em razão da fraqueza econômica do outro, prevaleça ditando condições contratuais iníquas, como ocorre com as Instituições Financeiras aos julgados apresentados neste trabalho técnico e jurídico”.*¹²²

Neste mesmo sentido, Cláudia de Lima Marques diz:

“Os contratos bancários atuais são contratos cativos de longa duração. Observadas as especialidades dos contratos bancários em questão, sob o signo da continuidade dos serviços,

¹²⁰ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 143.

¹²¹ Disponível em: < http://www.endividado.com.br/faq_det.php?id=15> acesso em: 28 de outubro 2010.

¹²² OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **ADIN 2591: o direito do consumidor e os bancos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2741>>. Acesso em: 29 out. 2010.

*massificação e catividade dos clientes, da prestabilidade por terceiros de serviços autorizados ou controlados pelo Estado, do macro-interesse do verdadeiro objeto contratual, da internacionalidade ou grande poder econômico dos fornecedores. E acima de tudo, continuidade das relações tendo em vista a essencialidade do crédito na sociedade de consumo atual, concluiu-se que os modelos tradicionais de contrato (contratos envolvendo obrigações de dar, imediatos e menos complexos) fornecem poucos instrumentos para regular estas longíssimas, reiteradas e complexas relações contratuais, necessitando, seja a intervenção regulamentadora do legislador através do CDC para a proteção dos mais vulneráveis, seja a intervenção reequilibradora e sábia do Judiciário nos casos concretos."*¹²³

Atualmente existe uma grande demanda de processos revisionais dos contratos bancários, de acordo com pesquisa realizada jurisprudencial no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que tratarei a seguir.

2.2 As Ações Revisionais de contratos bancários e a jurisprudência do Tribunal do Rio Grande do Sul

Acerca da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, convém salientar que apesar de algumas diferenças pontuais em alguns julgados, percebe-se nitidamente um entendimento comum e vários pontos de semelhança que podem ser destacados. Tais informações são provenientes de pesquisas diárias realizadas nos últimos três anos, sem critério metodológico definido, mas tendo como objetivo compreender o posicionamento atual dos desembargadores, as alegações realizadas pelas partes as teses defendidas e a presença ou ausência de fundamentação nas decisões.

Observa-se que na maioria das ações visa os seguintes pedidos que sejam declaradas nulas todas as cláusulas abusivas do contrato, que acabam por acarretar a onerosidade excessiva do contrato, face a cobrança de juros acima de 12% ao ano, cumulação de juros, juros de mora acima de 1% a/m, cobrança capitalizada de juros, capitalização mensal de juros, comissão de permanência cumulada com correção monetária. Bem como, seja limitado os juros como forma de equilibrar o contrato celebrado; a aplicação ao cálculo final do índice de correção monetária de menor valor, incidindo somente sobre as parcelas pagas

¹²³ Marques, Cláudia Lima. **Contratos bancários em tempos pós-modernos- primeiras reflexões**", *In: Revista Direito do Consumidor*, vol. 25, pg. 19-38.

em juízo; a devolução dos valores pagos a maior, aplicando-se o disposto no art. 42º do CDC e/ ou a compensação dos valores excedentes nas parcelas vincendas e/ou vencidas.

Destaca-se ainda a utilização do instituto da tutela antecipada que visa à abstenção de negativar o nome do autor aos órgãos de proteção ao crédito, e nos casos de financiamento de veículo a manutenção na posse do bem.

O pedido de inversão do ônus da prova também é muito utilizado neste tipo de ação, tendo em vista que o consumidor/demandante geralmente não possui cópia do contrato pactuado com instituição financeira.

Estas ações costumam versar sobre contratos de cartão de crédito, financiamentos, cheque especial, CDC, empréstimos, leasing, alienação fiduciária, dentre outros que contenham taxas de juros e outras cláusulas consideradas abusivas.¹²⁴

*“Para verificar a abusividade das taxas de juros cobradas os Tribunais Estaduais tem adotado parâmetros decorrentes da realidade econômica brasileira, como a taxa média de mercado (SELIC), os índices de inflação (inferiores a 10% ao ano), a remuneração da caderneta de poupança (em média de 0,6% ao mês), a média de recomposição salarial (entre 5% e 10% ao ano), dentre outros, bem como a função social do contrato (análise do contrato como algo que deve servir à sociedade como um todo, principalmente para o seu desenvolvimento e crescimento)”.*¹²⁵

Diante do exposto, se torna claro a abusividade quando, por exemplo, o cartão de crédito cobra 16,90% de juros ao mês (ou mais) e em contra-partida todos os outros índices econômicos citados acima apontam para taxas, em média, entre 5% e 20% ao ano.¹²⁶

¹²⁴ Disponível em: < http://www.endividado.com.br/faq_det.php?id=15> acesso em: 28 de outubro 2010.

¹²⁵ Disponível em: < http://www.endividado.com.br/faq_det.php?id=15> acesso em: 28 de outubro 2010.

¹²⁶ Disponível em: < http://www.endividado.com.br/faq_det.php?id=15> acesso em: 28 de outubro 2010.

No entanto, mesmo diante de claras abusividades de juros impostas pelos Bancos aos consumidores, os tribunais superiores não reconhecem onerosidade excessiva, ou cobrança abusiva de juros nas ações revisionais.

Contudo, o Tribunal do Rio Grande do Sul até o início deste ano tinha um posicionamento contrário ao dos Tribunais superiores, reconhecendo a capitalização mensal, afastando a cobrança da comissão de permanência, etc. Porém após a edição das súmulas do STJ (Superior Tribunal de Justiça) em abril de 2009, algumas câmaras passaram a se posicionar de acordo com as súmulas.

Contudo, mesmo as ações não sendo procedentes para o consumidor, atualmente as ações estão encerrando-se em menos de dois anos, pois os Bancos concedem descontos para quitação do contrato, para os consumidores que estão discutindo o contrato em juízo, os acordos “amigáveis” costumam ser proposto abaixo do valor que está sendo requerido na inicial.

Observa-se que mesmo com este desconto os bancos continuam obtendo lucro, pois muitas vezes os financiamentos de 48 (quarenta e oito) ou 60 (sessenta) vezes, acabam sendo quitados em um prazo menor.

No entanto, quando é firmado este acordo pelas partes, pode-se visualizar o equilíbrio econômico entre as partes, tendo em vista que as duas partes acabam tendo vantagem lucrativa.

É óbvio que as instituições financeiras, ao realizarem estes acordos, obtêm mais vantagem lucrativa que o consumidor, mas esta desigualdade material não têm como sanar.

Ressalta-se que no decorrer destes anos, é possível observar que todos os anos ocorreram mudanças no posicionamento de algum magistrado, ou reconhecendo o direito do consumidor em revisar o contrato e dependendo do caso concreto, julgando procedente a ação reconhecendo a abusividade dos juros, ou simplesmente repetindo o posicionamento dos tribunais superiores o que

atualmente se tornou cada vez mais comum após a edição das súmulas 379, 380 e 381, como veremos adiante.

2.3 A necessidade do pré-questionamento da matéria contratual

O pré-questionamento é tema de máxima importância à eficácia do sistema processual civil brasileiro, notadamente nas esferas recursais extraordinária e especial. O pré-questionamento é tido pela doutrina como requisito constitucional, além de um dos pressupostos recursais.¹²⁷

*“O pré-questionamento, portanto, nada mais é do ponto de vista jurídico, do que a suscitação prévia de uma tese jurídica defendida”.*¹²⁸

Nota-se ao analisar, sentenças e acórdãos, referente às decisões de ações revisionais, que não há pré-questionamento por parte dos consumidores, ou melhor, por parte dos advogados que os representa na esfera judicial.

Destaca-se que a jurisprudência exige obrigatoriamente a interposição dos embargos declaratórios, como condição de pré-questionamento para interposição do recurso cabível. Alguns autores criticam esta condição.¹²⁹

Os tribunais superiores se posicionam da seguinte forma:

“O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido empolgada pela parte recorrente. A configuração do instituto pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema. O procedimento tem como escopo o cotejo indispensável a que se dica do enquadramento do recurso extraordinário no permissivo constitucional, e se o tribunal de origem não adotou entendimento explícito a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizada fica a conclusão sobre a violência ao preceito evocado pelo

¹²⁷ PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **Pressupostos de admissibilidade recursal e princípios recursais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1814, 19 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11402>>. Acesso em: 28 outubro 2010.

¹²⁸ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Embargos de declaração e pré-questionamento.** Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2070>>. Acesso em: 28 out. 2010.

¹²⁹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Embargos de declaração e pré-questionamento.** Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2070>>. Acesso em: 28 out. 2010.

recorrente." (STF, 2ºT., AGRAG277.229-RJ, rel. Min. Marco Aurélio, j. 06.03.2001, DJU18.05.2001)

"O prequestionamento, no recurso especial, é aferido a partir do acórdão recorrido; nada importa que o tema tenha sido suscitado desde a petição inicial, pois é imprescindível que o tema tenha sido decidido a respeito dos artigos de lei federal alegadamente violados, ainda que implicitamente" (STJ, 3º T., AGRMC3345-SP, rel.Min. Ari Pargendler, J. 30.05.2001, DJU 25.06.2001, p. 165).

Para Nelson Nery Junior o pré-questionamento é apenas uma forma de instar-se o juízo ou tribunal de origem a decidir a questão constitucional ou federal que deseja ver apreciada pelo STF ou STJ, no julgamento do RE e do REsp. O autor diz ainda que o pré-questionamento não é verdadeiro requisito de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinário, sendo que o verdadeiro requisito de admissibilidade do RE e do REsp é o cabimento, que só ocorre quanto às matérias que tenham sido efetivamente decididas pelas instancias ordinárias (CF 102 III e CF 105 III)¹³⁰.

Assim, esse é o entendimento majoritário em sede doutrinária. Assim, defende Fernando da Costa Tourinho Filho que¹³¹:

"Pquestionar é questionar antes, é tratar com anterioridade. Assim, é preciso que a parte, no recurso interposto contra uma decisão de 1º instancia, cuide, de modo expresso, da matéria que, eventualmente, possa servir de fundamento à interposição do recurso extraordinário."

Desta forma pode-se definir o pré-questionamento como forma de questionar antes, ou seja, tratar com anterioridade. Porém, é preciso que a parte interessada, no recurso interposto contra uma decisão de primeira instancia, cuide da matéria que possa servir de fundamento à interposição do recurso extraordinário.¹³²

¹³⁰ NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 863-864.

¹³¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, I p.408.

¹³² RAMOS, Alan Clécio de Carvalho. **Flexibilização do prequestionamento**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2383, 9 jan. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14156>>. Acesso em: 1 nov. 2010.

Assim, é necessário o pré-questionamento a partir dos princípios constitucionais, da ordem econômica e do consumidor, nas ações revisionais como forma de suscitar esta tese até os tribunais superiores, para que assim de acordo com o caso concreto e após uma análise sistemática, possa ser revisado o contrato e reconhecido ou não as cláusulas abusivas ou onerosas nele estipulado.

2.4 A posição dos tribunais superiores sobre a matéria

Atualmente o posicionamento STJ (Superior Tribunal de Justiça) e do STF (Supremo Tribunal Federal) não reconhece a capitalização de juros, ou a vulnerabilidade do consumidor perante as instituições financeiras.

*“Atualmente o STJ (Superior Tribunal de Justiça) tem entendido que não basta o contrato ter juros de mais de 1% ao mês para ser considerado abusivo, mas sim que os juros cobrados estejam acima da média de mercado no mês em que o crédito foi concedido (a média de mercado dos juros tem ficado em cerca de 5% ao mês). Portanto, seguindo o entendimento do STJ, a ação revisional é uma boa saída para dívidas com cartões de crédito, cheque especial e outros tipos de empréstimos e financiamentos que tenham juros superiores a 5% ao mês, pois no caso dos cartões de crédito que cobram juros cumulativos (juros sobre juros) a taxa anual pode ultrapassar facilmente 300%, e com a ação revisional pode ser reduzida para cerca de 60%, diminuindo consideravelmente a dívida”.*¹³³

De acordo com o artigo do Juiz de Direito Gerivaldo Neiva a última planilha divulgada pelo Banco Central, em 27.05.2009, a taxa para contrato de financiamento de aquisição de veículo, em abril de 2009, para pessoa física, seria de 29,88% ao ano, ou seja, esta taxa anual implicaria em uma taxa mensal 2,49% ao mês. No entanto, segundo planilha divulgada também pelo Banco Central, para o caso de financiamento para aquisição de veículo, as taxas para o período de 29.05.2009 a 04.06.2009, praticadas por 48 instituições de crédito, constata-se que a menor taxa praticada foi de 1,27% ao mês pelo Banco GMAC e a maior taxa foi de 6,969% ao mês, praticada pelo Banco Azteca do Brasil.¹³⁴

¹³³ Disponível em: < http://www.endividado.com.br/faq_det.php?id=15> acesso em: 28 de outubro 2010.

¹³⁴ NEIVA, Gerivaldo Alves. O que é taxa média de mercado?. Disponível em: < <http://gerivaldoneiva.blogspot.com/2009/06/o-que-e-taxa-media-de-mercado.html>> acesso em: 25 de outubro de 2010.

Observa-se com base nas taxas praticadas pelos bancos acima mencionados, a variação entre a menor e a maior é de mais de 500%.

Ressaltam-se, as súmulas 379, 380 e 381 do STJ aprovadas em abril de 2009, que regulam juros de contratos bancários:

“A Súmula nº. 379 determina que nos contratos bancários não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser fixados em até 1% ao mês. Já a Súmula 380 determina que a simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor. A Corte afirmou que ação revisional só poderia impedir a mora se tivesse três elementos: a) a ação contestasse total ou parcialmente o débito; b) houvesse efetiva demonstração de haver fumus boni iuris (aparência, fumaça do bom direito) e jurisprudência no STJ ou Supremo Tribunal Federal (STF); e c) mesmo com contestação de parte do débito, houvesse depósito do valor que não está em discussão ou caução idônea. Já a Súmula nº. 381 determina: Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”.

A repercussão destas súmulas nas ações de revisão contratual foi imensa, influenciando no posicionamento da maioria dos magistrados e dos tribunais estaduais, que passaram a não deferir os pedidos de tutela antecipada, ou seja, o consumidor que ingressar com a ação terá o seu nome inscrito nos órgãos de proteção ao crédito, mesmo que o seu contrato esteja sendo revisado.

Cumpram-se destacar uma crítica realizada pelo magistrado Gerivaldo Neiva:

“(...) No caso da Súmula 381, penso que o STJ cometeu um tremendo “ato falho” ao partir do princípio de que nos contratos bancários existem cláusulas abusivas, mas não podem ser conhecidas de ofício pelo julgador. Falando em psicanálise, para a redação da Súmula, Freud talvez recomendasse algo assim: “em caso da existência de cláusulas abusivas...” ou então “existindo cláusulas abusivas nos contratos...”(..) Ora, da forma em que foi editada a Súmula, quando o STJ diz que o Juiz não pode conhecer de ofício de tais cláusulas, por outras vias, está querendo dizer que os bancos podem inserir cláusulas abusivas nos contratos, mas o Juiz simplesmente não pode conhecê-las de ofício. Banco manda, Juiz obedece!(...)” Nesta lógica absurda, considerando que as cláusulas abusivas são sempre favoráveis aos bancos e desfavoráveis ao cliente, o STJ quer que os Juízes sejam benevolentes com os bancos e indiferentes com seus clientes. Devem se omitir, mesmo sabendo que esta omissão será favorável ao banco, e não podem agir, mesmo sabendo que sua ação poderá corrigir uma ilegalidade. (...) se o próprio STJ em sua Súmula parte do princípio de que existem cláusulas abusivas nos

*contratos bancários, o que vamos fazer agora com o artigo 1º, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece a natureza de “ordem pública e social” para as normas de proteção e defesa do consumidor? O que vamos fazer, também, com o artigo 51, do mesmo Código, que estabelece que são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade?(...)”*¹³⁵

No mesmo sentido Júlio César Cerdeira Ferreira diz que:

“De acordo com a orientação contida na súmula, mesmo sendo discutida judicialmente a questão controvertida, tal não impede a caracterização da mora do devedor, como se o contrato não fosse objeto de litígio. Assim, apesar de possíveis abusividades, o devedor poderá ser compelido ao cumprimento de obrigação originada por uma dessas cláusulas, correndo o risco de sofrer as conseqüências da inadimplência. Posteriormente, se for do seu desejo, e se já tiver ganhado a demanda, poderá pleitear a repetição de indébito, após ter ficado esperando o reconhecimento da abusividade, a fim de aguardar mais um tempo para ter recebido tudo o que entregou indevidamente.

*É preciso ir direto ao ponto, sem muitas divagações teóricas: **aceitando-se a súmula, a vulnerabilidade do consumidor reconhecida pelo artigo 4º, I, do CDC e tida como princípio reitor de todo esse sistema de proteção, acaba fulminada! E mais uma vez joga-se o art. 51 no lixo! Isso, porque, mesmo que não haja a intenção de beneficiar os bancos, a falta de rigor na redação das súmulas 380 e 381 dá margem a diversas interpretações, muitas em prejuízo da parte mais fraca: o consumidor. O que se tem é uma falta de precisão inadmissível, a qual é de extrema conveniência aos bancos, pelas razões já apontadas.***

*Como se vê, propõe-se que os consumidores devam suportar o vitupério calados. As duas súmulas mencionadas carecem de revisão, senão, de cancelamento.*¹³⁶

Nota-se que o posicionamento do STJ ignora os princípios de proteção ao consumidor, não reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor perante as instituições financeiras, ferindo o nosso ordenamento constitucional com a edição destas súmulas, que ao invés de consolidar a jurisprudência, agride o Código de Defesa do Consumidor.

¹³⁵ NEIVA, Gerivaldo Alves. A Súmula 381 do STJ: um ato falho?. Disponível em: < <http://gerivaldoneiva.blogspot.com/2009/06/o-que-e-taxa-media-de-mercado.html> > acesso em: 25 de outubro de 2010.

¹³⁶ FERREIRA, Júlio César Cerdeira. **Súmula 380 do STJ: A corte em favor dos Bancos.** Disponível em: < http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1342 > acesso em: 25 de outubro de 2010.

Observa-se que com a orientação destas súmulas os tribunais Estaduais acabam se transformando em um cópia e cola (Ctrl-c e ctrlv), pois a maioria sempre procura seguir o entendimento dos tribunais superiores, tornando as ações revisionais sem eficácia alguma para o consumidor.¹³⁷

Torna-se difícil de definir o que é uma simples propositura de acordo com a súmula 380, tendo em vista que em suas decisões quando se trata de revisão contratual, o STJ (Superior Tribunal de Justiça) sempre condena o autor a pagamento de honorários de sucumbência, devido à complexidade do processo. Assim está sumula acaba inviabilizado as ações revisionais, e por conseqüência ferindo o Código de Defesa do Consumidor.

Cumprе destacar, novamente, a crítica do ilustre magistrado Gerivaldo Neiva:

(...) a análise da súmula 380, do STJ (“A simples propositura da ação de revisão do contrato não inibe a caracterização da mora do autor”), comporta, inicialmente, uma brincadeira: o que é uma “simples propositura”? Existe, de outro lado, a propositura “complexa”, “absoluta”, “relativa” etc.? Claro que não. Ou se propõe ou não se propõe. Sendo assim, vai aqui uma sugestão aos advogados: na petição inicial, em preliminar, requeiram ao Juiz o recebimento da Ação Revisional como uma “propositura complexa”, afastando a aplicação da Súmula 380 e, conseqüentemente, inibindo a caracterização da mora do devedor. (...) penso que a aplicação da súmula, tal qual como editada, inviabilizará completamente as ações de revisão de contrato bancário, ferindo, por conseqüência, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, V e VI, ou seja, revisão do contrato e prevenção do dano, e o artigo 478 do Código Civil, ou seja, a resolução por onerosidade excessiva. Ora, se a propositura da ação revisional “não inibe a caracterização da mora do devedor”, significa dizer que o devedor, apesar da abusividade da cláusula, por exemplo, terá de cumprir a obrigação abusiva – ilegal, segundo o CDC – para não incorrer na mora. Assim, em face da morosidade reconhecida de nossos tribunais, tenham como certo que o devedor será obrigado a cumprir integralmente a obrigação abusiva e ilegal, sob pena de inadimplência absoluta. Depois, querendo, poderá requerer a repetição do indébito e aguardar mais alguns anos... O banqueiro, “coitado”, não pode esperar. O cliente, “cheio de direitos”, pode! Mais que isso, na medida em que a Súmula orienta (ainda bem que só orienta!) que a “simples propositura” da ação de revisão

¹³⁷ NEIVA, Gerivaldo Alves. **STJ transforma Juizados em Ctrl+c e Ctrl+v**. Disponível em: <<http://gerivaldoneiva.blogspot.com/2010/02/stj-transforma-juizados-em-ctrlc-e.html>> acesso em: 25 de outubro de 2010.

não tem força para inibir a mora, perde completamente o sentido o parágrafo único, do artigo 2.035, do Código Civil:

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.

Assim, a prevalecer o entendimento da Súmula, se a ação de revisão não inibe mais a mora, mesmo em vista de cláusulas que afetam a ordem pública, o abuso deve ser suportado pelo cliente do banco. De nada valerá, portanto, sua vulnerabilidade garantida pelo artigo 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor, pois terá de continuar cumprindo com cláusulas abusivas, e até ilegais, para não incorrer na mora e, depois, na inadimplência absoluta.

Por fim, a Súmula 380 evidencia a adoção de dois pesos e duas medidas quando se trata da recepção da ação de revisão contratual pelo Judiciário ou quando se trata da ação de cobrança ou execução pelo banco. Ora, como se sabe, segundo o disposto no artigo 219 do Código de Processo Civil, um dos efeitos da citação é constituir em mora o devedor. Sendo assim, quando um banco propõe uma ação (mesmo que seja uma "simples propositura"!) *contra um cliente, o certo é que o cliente/devedor, por força de disposição legal, estará em mora quando for citado. De outro lado, quando o cliente/autor ingressa com uma ação de revisão contra o banco, na forma orientada pela Súmula 380 do STJ, mesmo que a cláusula seja abusiva e, portanto, nula de pleno direito (art. 51, IV, CDC), a citação do banco não inibirá a mora do autor/cliente. Por quê? Sabe-se lá... Por fim, o cliente "abusado" deverá continuar cumprindo cláusulas abusivas e ilegais para não causar prejuízo aos bancos e, principalmente, do que se extrai da Súmula 380, para garantir a "segurança jurídica".*

¹³⁸

Dado exposto observa-se que os tribunais superiores, STF e STJ, não reconhecem a limitação de juros ou abusividade nos contratos bancários, e com a edição destas súmulas, passaram a inibir o consumidor de buscar a revisão contratual na esfera judicial, e dando garantias e proteção para as instituições financeiras, permitindo que pactuem os contratos com bem entenderem, aumentando assim desequilíbrio contratual e econômico entre as partes, não observando a vulnerabilidade do consumidor perante os Bancos.

Conclui-se que os tribunais superiores precisam analisar com cuidado nossa Lei Maior, observando os princípios da ordem econômica, em especial o Princípio constitucional econômico de defesa do consumidor, que fundamenta os demais princípios contratuais de defesa do consumidor. Assim, quando forem argumentados estes princípios como fundamento para ingressar com a ação de

¹³⁸ NEIVA, Gerivaldo Alves. **A problemática da súmula 380 do STJ nas revisões de juros bancários.** Disponível em: < <http://gerivaldoneiva.blogspot.com/2009/06/o-que-e-taxa-media-de-mercado.html> > acesso em: 25 de outubro de 2010.

revisão contratual, se faz necessário o pré-questionamento como elemento para a fundamentação das sentenças de revisionais, reconhecendo assim os direitos do consumidor de acordo com o caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A problemática da necessidade do pré-questionamento dos princípios constitucionais nas ações de revisão contratual pelo Poder Judiciário, se faz necessária tanto para eficácia e efetividade dos princípios constitucionais, como para garantia de direitos em relação à desigualdade das partes nas relações de consumo.

O entendimento de muitos magistrados em suas decisões é que prevalece o princípio da obrigatoriedade do contrato, *pacta sunt servanda*. Já os juristas do Estado do Rio Grande do Sul, entendem que a revisão contratual está focada nos novos paradigmas constitucionais que norteiam os contratos, visando a igualdade entre as partes, e observando a vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo.

Esta divergência entre os tribunais também ocorre na doutrina, principalmente nas questões dos requisitos para que se possa pleitear em juízo a revisão contratual. Muito embora, o entendimento dos Tribunais Superiores seja pacífico em manter a obrigatoriedade dos contratos nos casos de limitação de juros quando estas ações são postuladas em face de instituições financeiras, estas ações continuam sendo postuladas, com posicionamentos divergentes nos Tribunais dos Estados.

Contudo, não há fundamentação com base nos princípios constitucionais nas decisões dadas pelo Poder Judiciário, quando é negada a procedência destas ações, ou mesmo a análise do caso concreto *sub judice*. Ressalta-se, também, que as argumentações fundadas nas iniciais pelos advogados, além de repetitivas, não fazem pré-questionamento dos princípios constitucionais. Muitos, sequer preenchem os requisitos básicos do Código de Defesa do Consumidor, em

completo desacerto ao caso concreto, causando assim, muitas vezes, a ineficácia destas ações.

Salientam-se, assim, a necessidade de fundamentação e argumentação em torno dos princípios constitucionais econômicos em conjunto com os princípios-base da revisão contratual, bem como, a observação do mínimo existencial e da teoria reserva do possível. Destaca-se que o mínimo existencial e a teoria da reserva do possível, possuem origem na Alemanha, sendo que a primeira visa atribuir a todo cidadão um direito subjetivo a prestações que lhe garante um mínimo de existência e dignidade, ao passo que a segunda objetiva estabelecer certo limite quanto à possibilidade de se exigir do poder público à realização de direitos que dependem de recursos materiais suficientes para serem concretizados plenamente.

A presente pesquisa é um pouco ou muito complexa, pois abrange várias áreas do Direito (constitucional, econômico, processo civil, contratos, hermenêutica), o que tornou o trabalho difícil, principalmente em seu segundo capítulo, pois é escasso de doutrina, tendo apenas artigos em internet, o primeiro capítulo foi muito rico de doutrina, o que me fez destacar os princípios constitucionais da ordem econômica e de proteção ao consumidor.

Mesmo assim foi muito bom desenvolver este trabalho, pois consegui compreender que só é possível uma decisão bem fundamentada quando o magistrado aplica proporcionalidade e ponderação, analisando com cuidado o caso concreto.

Conclui-se, portanto, que a Ordem Econômica e Financeira está inteiramente subordinada à observância dos ditames da justiça social e à finalidade de assegurar a todas as pessoas uma existência digna. E não se há que dizer que essas disposições tratam de conceitos indeterminados, pois na leitura sistemática da Constituição tais conceitos se determinam, afinal também estão conexos com os Princípios Fundamentais da República e, conseqüentemente, com as disposições que norteiam esses fundamentos, as

quais estão contidas nos incisos do artigo 1º, que atribui à dignidade da pessoa humana a condição de princípio fundamental da República, bem como no artigo 3º, que diz que é o objetivo da República erradicar a pobreza e a marginalização, além de reduzir as desigualdades sociais e regionais, impondo, como bem nos lembra Gustavo Tepedino, ao lado do princípio da isonomia formal, o princípio de isonomia substancial e, ao lado do princípio da isonomia formal, o princípio de isonomia substancial e, ao lado do princípio da justiça retributiva, o princípio da justiça distributiva.

Em face disso, a defesa do consumidor prevista como garantia fundamental constitucional tem seu conteúdo determinado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, presente tanto no artigo 4º do CDC como no artigo 1º da Constituição, visando proteger o contratante.

REFERÊNCIAS

Ação Revisional de Contrato. Site:
http://www.endividado.com.br/faq_det.php?id=15

ALVES JÚNIOR, Milton. **A Revisão Judicial dos Contratos**. Revista Magister de Direito Empresarial nº12. Porto Alegre: Magister, 2007.

ASSIS, Araken de. **Doutrina e prática do processo civil contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual**. RT 750/114. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito Econômico Brasileiro**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor. In Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Coord. MORAES, Maria Celina Bodin de. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERREIRA, Júlio César Cerdeira. **Súmula 380 do STJ: A corte em favor dos Bancos**. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1342
acesso em: 25 de outubro de 2010.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

LIRA, José Ricardo Pereira. **A onerosidade excessiva no Código Civil e a impossibilidade de “modificação judicial dos contratos sem anuência do credor”**. *in O Direito e o tempo: embates Jurídicos e utopias contemporâneas*. Coord. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil, Fonte das Obrigações: Contratos**. Vol III, 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

MARQUES Claudia Lima. **Contratos bancários em tempos pós-modernos-primeiras reflexões**, *In: Revista Direito do Consumidor*, vol. 25, pg. 19-38.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2º ed. São Paulo: Renovar, 2006.

NEIVA, Gerivaldo Alves. **A problemática da súmula 380 do STJ nas revisões de juros bancários**. Disponível em: <http://gerivaldoneiva.blogspot.com/2009/06/o-que-e-taxa-media-de-mercado.html> acesso em: 25 de outubro de 2010.

_____. **A Súmula 381 do STJ: um ato falho?**. Disponível em: <http://gerivaldoneiva.blogspot.com/2009/06/o-que-e-taxa-media-de-mercado.html> acesso em: 25 de outubro de 2010.

_____. **O que é taxa média de mercado?**. Disponível em: <http://gerivaldoneiva.blogspot.com/2009/06/o-que-e-taxa-media-de-mercado.html> acesso em: 25 de outubro de 2010.

_____. **Sentença.** Disponível em: <http://gerivaldoneiva.blogspot.com/2009/05/teoria-na-pratica-liminar-e-sentenca.html> acesso em: 25 de outubro de 2010.

_____. **STJ transforma Juizados em Ctrl+c e Ctrl+v.** Disponível em: <http://gerivaldoneiva.blogspot.com/2010/02/stj-transforma-juizados-em-ctrlc-e.html> acesso em: 25 de outubro de 2010.

NERY JR, Nelson. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e outros meios de impugnação às decisões judiciais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor,** in Revista de Direito do Consumidor. nº. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **ADIN 2591: o direito do consumidor e os bancos.** Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/274> acesso em: 29 out. 2010.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Embargos de declaração e pré-questionamento.** Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2070> acesso em: 28 out. 2010.

PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **Pressupostos de admissibilidade recursal e princípios recursais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1814, 19 jun. 2008. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/11402> acesso em: 28 outubro 2010.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Direito Civil: Alguns aspectos da sua evolução.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Instituições de Direito Civil.** Vol. 3. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Lesão nos Contratos.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PETTER, Lafayette Josué. **Direito Econômico.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

_____. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Regis Fichtner. **A Responsabilidade Pré-contratual, Teoria Geral e Responsabilidade Pela Ruptura das Negociações Contratuais. Tese de Doutorado Orientada Pelo Professor Vicente Barreto.** Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da UERJ, jan. 2000.

POLANYI, Karl. **A grande transformação – As origens da nossa época.** Trad. De Fanny Wrobel. 2ª ed. Rio de Janeiro, Campus, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do direito.** T. II, Bookseller, Campinas, 2000.

PORT, Otávio Henrique Martins. **Os Direitos Sociais e Econômicos.** São Paulo: RCS Editora, 2005.

Processos: 001/1.06.0152207-2 – 70020253043, 001/1.06.0094692-8 – 70019789577, 001/1.06.0061149-7 – 70031253826, 001/1.07.0296445-3 – 70028432458, 001/1.07.0166055-8 – 70025977448, 001/1.07.0131351-3, 001/1.07.0234813-2 – 70022339352, 001/1.08.0296353-0, 001/1.08.0042347-3 – 70026746123, 001/1.08.0103970-7, 001/1.09.0008718-1, 001/1.09.0074682-7, 001/1.09.0067900-3 – 70032369373, 001/1.09.0171930-0, 001/1.10.0128838-7, 001/1.10.0197789-1, 001/1.10.0231090-4. Site
<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris> .

_____. Site <http://www.stj.jus.br/SCON/>

_____. Site <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>

RAMOS, Alan Clécio de Carvalho. **Flexibilização do prequestionamento.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2383, 9 jan. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/14156> acesso em: 1 nov. 2010.

RANGEL, Maurício Crespo. **A revisão contratual no Código de Defesa do Consumidor.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: v.71, p. 169-194, set. 2009.

REALE, Miguel. **Inconstitucionalidade de congelamentos.** Folha de São Paulo: 19 out. 1988.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor: para um cotejo com o Código Civil.** In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 303-332.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, Ovídio A. Baptista da, GOMES, Fábio. **Teoria geral de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte. Del Rey: 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **A teoria da imprevisão e os contratos de financiamento firmados à época do plano cruzado**. RF 301/52. Rio de Janeiro: Forense, jan. – mar. 1988.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.