

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

LUCAS LAPRANO

**CONVENÇÕES PROCESSUAIS PRÉVIAS E DESEQUILÍBRIO
CONTRATUAL SUPERVENIENTE**

FRANCA

2022

LUCAS LAPRANO

**CONVENÇÕES PROCESSUAIS PRÉVIAS E DESEQUILÍBRIO
CONTRATUAL SUPERVENIENTE**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como requisito parcial para obtenção de título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Luciana Lopes Canavez.

FRANCA

2022

L317c

Laprano, Lucas

Convenções processuais prévias e desequilíbrio contratual
superveniente / Lucas Laprano. -- Franca, 2022
211 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista (Unesp),
Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca

Orientadora: Luciana Lopes Canavez

1. direito. 2. direito processual civil. 3. direito civil. 4. convenções
processuais. 5. desequilíbrio contratual superveniente. I. Título.

Sistema de geração automática de fichas catalográficas da Unesp. Biblioteca da Faculdade de
Ciências Humanas e Sociais, Franca. Dados fornecidos pelo autor(a).

Essa ficha não pode ser modificada.

LUCAS LAPRANO

**CONVENÇÕES PROCESSUAIS PRÉVIAS E DESEQUILÍBRIO
CONTRATUAL SUPERVENIENTE**

**Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais,
Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como requisito parcial
para obtenção de título de Mestre em Direito.**

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Profa. Dra. Luciana Lopes Canavez
Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP), Faculdade de
Ciências Humanas e Sociais, campus de Franca, SP.

1º Examinador: _____

Profa. Dra. Kelly Cristina Canela

2º Examinador: _____

Prof. Dr. Fernando da Fonseca Gajardoni

Franca, 30 de junho de 2022.

LAPRANO, Lucas. **Convenções processuais prévias e desequilíbrio contratual superveniente**. 2022. 211 fl. Monografia – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca, 2022.

RESUMO

O Código de Processo Civil de 2015, superando o pretenso dogma da irrelevância da autonomia da vontade no processo civil, positivou no ordenamento jurídico brasileiro uma cláusula geral de negociação processual atípica, consubstanciada no art. 190 do CPC, a qual passou a autorizar a ampla negociação sobre suas situações jurídicas processuais e sobre o procedimento. Dentre as aplicações possíveis das convenções processuais, a possibilidade de sua celebração no âmbito dos extraprocessual, na modalidade de convenções processuais prévias, é de grande interesse para a prática contratual, notadamente por permitir que as partes negociem sobre seus ônus, poderes e deveres relativos a litígios futuros. Assim, campo de investigação de significativa importância surge em relação à comunicação normativa entre o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e o Código de Processo Civil, da qual resulta a incidência de princípios legais específicos, tais como o do equilíbrio contratual, e das diversas regras de tutela do desequilíbrio superveniente a tais convenções. É, pois, partindo de tais premissas, mediante a utilização do método hipotético-dedutivo, que se pretende demonstrar que a tutela do equilíbrio das convenções processuais é imperativo legal, do qual decorre a necessidade de uma adequada aplicação das teorias da revisão por onerosidade excessiva (art. 6º, V, do CDC) e da resolução por onerosidade excessiva (arts. 478 a 480 do CC) ao objeto das convenções processuais. Ademais, a presente dissertação busca analisar, além da aplicabilidade do princípio do equilíbrio contratual e das teorias relativas ao desequilíbrio contratual superveniente às convenções processuais prévias, a necessidade de uma correta leitura dos institutos, a fim de que estes sejam adequados às suas especificidades.

PALAVRAS-CHAVE: convenções processuais. princípio do equilíbrio contratual. desequilíbrio contratual superveniente.

LAPRANO, Lucas. **Convenções processuais prévias e desequilíbrio contratual superveniente**. 2022. 211 fl. Monografia – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca, 2022.

ABSTRACT

The 2015 Civil Procedure Code, which overcame the pretense dogma of the irrelevance of the private autonomy in Civil Procedure, included in the Brazilian legal system a general clause of atypical procedural negotiation in the art. 190 from the Civil Procedure Code, which authorizes a wide range of negotiation of the party's procedural rights or over the procedure itself. Amongst the many uses of procedural contracts, the possibility of their conclusion outside the court, as pre-trial procedural contracts, is of great use for the contractual practice, specifically by allowing that the parties negotiate over their burdens, powers and duties related to future litigation. Therefore, an important field of research arises in relation to the legal communication between the Civil Code, the Code of Consumer Defense and Protection and the Civil Procedure Code, which results in the application of specific legal principles, such as the principle of contractual balance, and of several rules related to supervening unbalance to such contracts. Based on such premisses, and with the application of the hypothetico-deductive method, the aim of this dissertation is to prove that the enforcement of procedural contracts balance is a legal imperative, which leads to the need of correctly applying the theories of contractual revision resulting from excessive burden (art. 6º, V, CDC) or contractual termination resulting from excessive burden (arts. 478 to 480, CC) to the object of procedural contracts. Moreover, this dissertation aims to assess, beyond the application of the principle of contractual balance and the theories related to supervening contractual unbalance to the procedural contracts, how to correctly use such theories, so that they take into account the specific traits from those contracts.

KEYWORDS: procedural contracts. principle of contractual balance. supervening contractual unbalance.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	DA AUTONOMIA PRIVADA AOS NEGÓCIOS JURÍDICOS	13
2.1	Perfil dogmático da autonomia privada e a função dos negócios jurídicos	13
2.1.1	Da autonomia da vontade à autonomia privada funcionalizada.....	16
2.1.2	A autonomia negocial e a teoria dos fatos jurídicos: os negócios jurídicos como instrumento da autonomia privada	30
2.2	A autonomia privada no direito processual civil: da supressão à reconquista de espaços perdidos	37
2.2.1	O processo civil nos modelos adversarial e inquisitivo/inquisitorial.....	37
2.2.2	Os desafios de um processo civil adequado ao Estado Democrático de Direito: o modelo cooperativo de processo e os negócios jurídicos processuais como expressão da autonomia privada	42
2.3	A cláusula geral de negociação processual atípica do art. 190 do CPC: requisitos e controle de sua validade	47
2.3.1	O plano da existência dos negócios jurídicos processuais atípicos.....	48
2.3.2	O plano da validade dos negócios jurídicos processuais atípicos: as condições gerais e específicas de validade	49
3	O PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E NO CÓDIGO CIVIL: AS NOVAS PERSPECTIVAS DA JUSTIÇA CONTRATUAL E SEUS DIÁLOGOS COM O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS.....	52
3.1	Breve análise da estrutura normativa dos princípios	53
3.2	Os princípios constitucionais da solidariedade e da justiça social.....	58
3.3	Conceito do princípio do equilíbrio contratual e as consequências de sua aplicação	64
3.3.1	O princípio do equilíbrio contratual no Código de Defesa do Consumidor.....	72
3.3.2	O princípio do equilíbrio contratual no Código Civil	80
3.4	O princípio do equilíbrio contratual e a sua aplicabilidade às convenções processuais prévias: a correção formal e diálogo das fontes entre o Código de Processo Civil, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil.....	88

4	A TUTELA DO DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL SUPERVENIENTE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E NO CÓDIGO CIVIL.....	97
4.1	Antecedentes históricos das teorias de tutela do desequilíbrio contratual superveniente: da ascensão ao declínio da cláusula <i>rebus sic stantibus</i>.....	97
4.2	A teoria da imprevisão francesa.....	100
4.3	A teoria da pressuposição e as teorias da base do negócio na Alemanha.....	105
4.4	A tutela da alteração das circunstâncias em Portugal	115
4.5	A Itália e a teoria da onerosidade excessiva.....	119
4.6	A tutela do desequilíbrio contratual superveniente no direito privado brasileiro: a adoção da onerosidade excessiva pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo Código Civil de 2002.....	121
4.6.1	Breve panorama do desequilíbrio superveniente no direito brasileiro: do Código Civil de 1916 ao Código de Defesa do Consumidor	121
4.6.2	A revisão contratual por onerosidade excessiva no Código de Defesa do Consumidor: delineamento e requisitos	124
4.6.3	A resolução contratual por excessiva onerosidade no Código Civil de 2002: perfil dogmático e adaptação da teoria italiana ao ordenamento jurídico nacional	132
4.6.3.1	O artigo 478: a resolução por onerosidade excessiva no Código Civil	133
4.6.3.2	A hipótese revisional do artigo 479: a possibilidade de oferta de modificação contratual equitativa pelo réu	151
4.6.3.3	A hipótese revisional do artigo 480: o pedido de redução ou alteração do modo de execução da prestação nos contratos unilaterais	155
4.6.3.4	O art. 317: a possibilidade de correção do valor da prestação que se torna manifestamente desproporcional e as controvérsias acerca de sua interpretação conjunta com os arts. 478 a 480.....	159
4.6.4	A necessidade de compatibilização das regras relativas ao desequilíbrio contratual superveniente com as convenções processuais prévias	162
5	A TUTELA DO DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL SUPERVENIENTE DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PRÉVIAS	164
5.1	O objeto das convenções processuais.....	165
5.2	O problema da identificação dos limites das convenções processuais.....	170
5.3	A aplicação da resolução por onerosidade excessiva do Código Civil às convenções processuais prévias	177

5.3.1	As convenções processuais e o preenchimento do requisito do “contrato de execução continuada ou diferida”	177
5.3.2	A aferição objetiva do desequilíbrio superveniente das convenções processuais: o agravamento da disposição, renúncia ou autorrestrrição originalmente pactuada e a consequente redução a zero da garantia processual correlata	179
5.3.3	A onerosidade excessiva das convenções processuais e a extrema vantagem da contraparte	185
5.3.4	Os requisitos negativos para a aplicação da resolução por onerosidade excessiva às convenções processuais	187
5.3.5	A forma e o momento do controle da onerosidade excessiva das convenções processuais: a possibilidade de tutela do equilíbrio convencional pela propositura de processo autônomo ou pelo controle incidental da licitude de seu objeto	189
5.4	A aplicação da resolução por onerosidade excessiva do Código de Defesa do Consumidor às convenções processuais prévias	191
6	CONCLUSÕES	194
	REFERÊNCIAS	200

1 INTRODUÇÃO

Com a edição da Lei nº 13.105, de 15 de março de 2015 (Código de Processo Civil - CPC), o ordenamento jurídico brasileiro passou a contar com um diploma processual sintonizado com significativos avanços da ciência processual, tais como a adoção de um modelo cooperativo de processo (MITIDIERO, 2015), a consolidação de um “Tribunal multiportas”¹ (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2016, p. 262), a vedação às decisões surpresa (Art. 10 do CPC)², a eleição de um rol de precedentes qualificados (Art. 927 do CPC) e, dentre outros, o reconhecimento dos chamados negócios jurídicos processuais, mediante uma “cláusula geral de negociação processual” (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2016, p. 294), consubstanciada no artigo 190 do CPC³.

Importante notar, de início, que o tema da negociação processual não era, até então, recorrente no direito brasileiro; a ciência do direito processual civil, até atingir seu estado atual, sofreu fortes reflexos das concepções culturais e ideológicas nas mais diversas épocas. Na realidade brasileira, até a edição do Código de Processo Civil de 2015, predominava a concepção puramente publicista do fenômeno processual civil, o que importava, inclusive, no reconhecimento da suposta cogência e imperatividade de todas as normas processuais, bem como do monopólio das fontes do direito processual pelo Estado (CABRAL, 2020, p. 205). Inevitavelmente, a doutrina brasileira se manteve, ao longo do século XX, praticamente silente sobre o tema (CABRAL, 2020, p. 157).

Entretanto, com a retomada do desenvolvimento do instituto das convenções processuais no exterior⁴, o debate chega em peso ao Brasil, com a subsequente edição de trabalhos sobre o tema (CABRAL, 2020, p. 162-163) e levando, por fim, à inclusão de uma cláusula geral de negociação processual no Código de Processo Civil de 2015 (artigo 190 do CPC). É, em verdade, representação do reconhecimento e reingresso da autonomia privada no

¹ Sua proposta central remonta, em suma, no adequado dimensionamento e tratamento do conflito por meio da disponibilização de técnicas alternativas de resolução de conflitos (*ADRs – Alternate Dispute Resolution*) (THEODORO JÚNIRO *et al.*, 2016, p. 264-265), se valendo, portanto, de técnicas tais como a da mediação, conciliação e arbitragem.

² “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.” (BRASIL, 2015)

³ “Art. 190. Versando o processo sobre direito que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante processo” (BRASIL, 2015).

⁴ Com destaque para seu desenvolvimento nas experiências alemã, francesa e italiana (CABRAL, 2020, p. 141-153).

processo civil brasileiro (RAATZ, 2016, p. 188), em clara contraposição à concepção hiperpublicista de processo, até então hegemônica.

Inevitavelmente, após a edição da Lei nº 13.105, de 15 de março de 2015, a doutrina pátria tem se debruçado sobre o tema das convenções processuais, objetivando elaborar uma teoria geral sobre os negócios jurídicos processuais (CABRAL, 2020, p. 52), bem como identificar sua aplicabilidade nos mais variados temas processuais e ramos do Direito, tais como nos contratos empresariais (DIDIER JR.; LIPIANI; ARAGÃO, 2018), nos processos de execução (DIDIER JR.; CABRAL, 2018) e até mesmo sua utilização convencional por parte do Poder Público (BARREIROS, 2016), o que comprova a extensão do tema.

Dentre a vastidão do tema, um dos campos de estudo das convenções processuais de maior relevância diz respeito à interação entre os negócios jurídicos processuais com diversos regramentos de direito material, notadamente com normas do direito civil e do direito do consumidor. A comunicação normativa entre tais diplomas normativos assume especial relevância quando, por exemplo, consideradas aquelas convenções de natureza prévia ou prévia ou pré-processual, as quais podem ser celebradas antes da instauração do processo judicial mediante inserção em instrumento próprio ou, mesmo, no próprio instrumento do negócio jurídico de natureza material.

A admissão de tal interação normativa, além de atrair a aplicação de teorias tais como as da correção normativa formal⁵ ou do diálogo das fontes, leva também à conclusão que, com a inserção das convenções processuais no âmbito extraprocessual, diversos princípios setoriais do direito das obrigações e do direito contratual, bem como certos institutos de tal ramo, passam a se aplicar a tal modalidade negocial, até mesmo como forma de dar o devido tratamento legal ao tema.

Neste mister, destaca-se que, embora o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 preservem os já clássicos princípios do direito contratual⁶, tais diplomas trazem, em seu bojo, três novos princípios⁷ para tal subárea do direito: os princípios da boa-fé⁸, da

⁵ Tal noção, quando aplicada aos negócios jurídicos processuais, parte precipuamente da assertiva de que estes, por serem espécie de negócio jurídico, devem sofrer regulamentação legal tanto dos dispositivos previstos no Código Civil (artigos 104 e seguintes), os quais dizem respeito aos requisitos genéricos de existência, validade, eficácia, dentre outros, atinentes aos negócios jurídicos em geral, quanto que de normas processuais (CABRAL, 2020, 309-311), tais como aqueles requisitos específicos para os negócios jurídicos processuais previstos no artigo 190 do CPC e em seu parágrafo único.

⁶ Notadamente, os princípios da liberdade contratual, do *pacta sunt servanta* e o da relatividade dos efeitos contratuais (AZEVEDO, 1998, 115).

⁷ Antônio Junqueira de Azevedo (1998, p. 116-117) já apontava que o direito dos contratos recebia influências pelo reconhecimento de três novos princípios contratuais, adequados à hipercomplexidade da sociedade atual.

⁸ Para uma discussão pormenorizada do princípio da boa-fé enquanto cláusula geral, veja-se Judith Martins-Costa (2000) e Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (2013).

função social dos contratos⁹ e do equilíbrio contratual. Para os fins da presente dissertação, o princípio do equilíbrio contratual se apresenta como o de maior relevância, ao impor, aos contratos e convenções em geral, a necessidade de que realizem ou mantenham, na maior medida possível, o equilíbrio contratual. Cumpre, assim, a função de evitar que “qualquer contratante venha a sofrer sacrifício econômico desproporcional em decorrência do cumprimento das obrigações que compõem o objeto do seu contrato”¹⁰ (SCHREIBER, 2020, p. 72-74).

Admitindo-se, pois, que as convenções processuais devem ser objetivamente equilibradas - imperativo este que, mais do que simples princípio previsto no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil, possui fundamento de índole constitucional, notadamente nos princípios da solidariedade (art. 3º, I, da CF) e da justiça social (art. 3º, III, da CF) -, surge a necessidade de que o acervo normativo de tutela ao desequilíbrio contratual seja corretamente interpretado, a fim de que possa ser aplicado, a contento, diante das especificadas do objeto das convenções processuais

É o que se passa, pois, quando se pretende aplicar as teorias da revisão por onerosidade excessiva (art. 6º, V, do CDC) e da resolução por onerosidade excessiva (arts. 478 a 480 do CC) às convenções processuais prévias. Ainda que parte da doutrina já aponte, em linhas gerais, pela possibilidade de sua aplicação aos negócios jurídicos processuais, tal como o fazem Antonio do Passo Cabral (2020, p. 436) e Fredie Didier Jr. (2018, p. 41), é certo que tal aplicação exige maior desenvolvimento dogmático, vez que a simples referência aos requisitos legais das teorias parece insuficiente para a correta aplicação dos institutos.

Como se verá ao longo do desenvolvimento desta dissertação, a própria interpretação do art. 478 do Código Civil é cercada de divergências doutrinárias, devido aos diversos requisitos contidos em sua redação, dentre os quais se incluem elementos de ordem subjetiva (imprevisibilidade e a extraordinariedade do fato superveniente) e objetiva (onerosidade excessiva), além da duvidosa inserção, pelo legislador brasileiro do requisito da “extrema vantagem” ao dispositivo, alvo de duras críticas pela doutrina nacional.

Desta forma, a correta análise de tal tema depende, invariavelmente, de seu enfrentamento em duas frentes simultâneas: uma análise de direito material, de forma a se ter melhor dimensão da aplicação dos arts. 6, V, do CDC, e arts. 478 a 480 do CC, bem como das polêmicas doutrinárias que pairam sobre sua aplicação; e uma análise que busque melhor

⁹ Por todos, ver Teresa Negreiros (2002, p. 205-267).

¹⁰ Lembra o autor, ainda, que o desequilíbrio contratual pode ser tanto vertical quanto horizontal, ou seja, decorrente do agravamento do sacrifício econômico no tempo ou pela desproporção entre sacrifício sofrido e benefício obtido, respectivamente (SCHREIBER, 2020, p. 70).

compreender o objeto das convenções processuais e seus limites imanescentes, a fim de que possa se obter uma correta e analítica aplicação dos dispositivos de direito material a tais convenções.

Ademais, ao se tratar do princípio do equilíbrio contratual, constatou-se que seu conteúdo impõe que as convenções, em geral, sejam objetivamente equilibradas, não se atendo à mera validade da manifestação de vontade das partes, mas se voltando ao aspecto substancial do negócio. Devido a tal premissa, aponta-se que a “onerosidade excessiva” é o requisito legal que melhor evidencia, de forma objetiva, a ocorrência do desequilíbrio contratual superveniente, sendo inclusive, previsto textualmente tanto no art. 6º, V, do CDC, quanto que no art. 478 do Código Civil.

Assim, quando consideradas as particularidades do objeto das convenções processuais, o qual versa a respeito de situações jurídicas processuais das partes ou sobre o próprio procedimento, constata-se que este difere substancialmente do conteúdo patrimonial dos contratos civis em geral; surge, assim, de forma clara, o questionamento: qual critério é apto, de fato, a demonstrar a ocorrência de onerosidade excessiva de uma convenção processual?

Buscando encontrar solução satisfatória para tal questão, bem como para avaliar todos os demais requisitos elencados para a aplicação dos arts. 6º, V, do CDC e 478 a 480 do Código Civil, a presente dissertação é dividida em quatro capítulos.

O primeiro capítulo busca fazer uma reconstrução da evolução do conceito da “autonomia privada”, partindo de sua concepção clássica, enquanto “autonomia da vontade”, até sua caracterização contemporânea, funcionalizada em atenção aos princípios inaugurados pela Constituição Federal de 1988 e à dignidade da pessoa humana; após, demonstrar-se-á, também, o processo de supressão da autonomia privada no direito processual civil, até a “reconquista” de seu espaço, no ordenamento jurídico brasileiro, com a edição do CPC/2015.

O segundo capítulo, por sua vez, se destina ao estudo do princípio do equilíbrio contratual propriamente dito, com a identificação de seus fundamentos constitucionais, das consequências de sua aplicação, culminando com a identificação de sua presença no texto normativo do CDC e do Código Civil. Demonstrar-se-á, ao final, que tal princípio é plenamente aplicável às convenções processuais, as quais não são imunes à exigência de que seu conteúdo seja, também, equilibrado.

O terceiro capítulo se ocupará, essencialmente, das teorias desenvolvidas, tanto em solo nacional quanto estrangeiro, para a tutela do desequilíbrio contratual superveniente. Após breve exploração de seu desenvolvimento na França, Alemanha, Portugal e Itália, bem como da história de seu desenvolvimento na doutrina e na legislação brasileira, passar-se-á à análise

detida dos remédios legais para tutela do desequilíbrio contratual superveniente no CDC (art. 6º, V) e no Código Civil (arts. 317 e 478 a 480), evidenciando as divergências interpretativas e as polêmicas que cercam a aplicação de tais dispositivos, especialmente daqueles previstos na legislação civil.

O quarto e último capítulo, valendo-se das conclusões dos capítulos anteriores, especialmente daquelas obtidas no terceiro capítulo, se encarregará da aplicação das normas de tutela específica do desequilíbrio contratual superveniente às convenções processuais. Para tanto, será realizado, inicialmente, estudo relativo aos limites e à licitude do objeto (art. 104, II, do CC) das convenções processuais, buscando, assim, a identificação de parâmetros que viabilizem a aferição da ocorrência da onerosidade excessiva em tal contexto. Após, será feita análise detida de cada um dos requisitos para a aplicação do desequilíbrio superveniente positivadas no CDC (art. 6º, V) e no Código Civil (arts. 478 a 480), buscando sua compatibilização com as convenções processuais.

Assim, os objetivos da presente dissertação são, em síntese: a demonstração de que as convenções processuais, em geral, se sujeitam ao princípio do equilíbrio contratual; que as normas relativas à tutela do desequilíbrio contratual superveniente, tais como previstas no CDC e no Código Civil, são aplicáveis às convenções processuais; e, ao final, investigar como o parâmetro da licitude do objeto das convenções processuais pode ser utilizado para fins de demonstrar ocorrência de sua excessiva onerosidade.

Serão as fontes primárias de pesquisa a legislação brasileira, notadamente o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, o Código de Processo Civil e a Constituição Federal, valendo-se a presente dissertação, ainda, de pesquisa bibliográfica pertinente ao tema.

O método utilizado para a presente pesquisa é o hipotético-dedutivo, com ênfase na análise dogmática das questões enfrentadas. Considerando que a hipótese lida com um objeto que transita entre os campos civil e processual civil, será realizada rigorosa investigação dogmática dos institutos sob estudo, especialmente do objeto dos negócios jurídicos processuais, da teoria da resolução por onerosidade excessiva e do princípio do equilíbrio contratual.

2 DA AUTONOMIA PRIVADA AOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

2.1 Perfil dogmático da autonomia privada e a função dos negócios jurídicos

Tratar sobre o fenômeno contratual, convencional ou negocial, especialmente no que diz respeito aos seus limites, significa, em última instância, versar a respeito das esferas de liberdade conferidas por dado ordenamento jurídico para a livre atuação – negocial ou não – dos particulares. É, pois, em tais esferas de liberdade¹¹ positivamente reconhecidas que se fundamenta, em grande medida, a própria noção de autonomia privada¹².

Naturalmente, o indivíduo, dotado de liberdade individual, é o mais apto a conhecer seus próprios interesses e, conseqüentemente, a atuar na regulação dos atos tendentes a realizá-los (AMARAL NETO, 1989, p. 216). Ademais, é pelo intenso atuar do indivíduo que, por meio de ações e omissões, se exteriorizam as opções e vontades do agente, sendo que algumas destas escolhas, por serem reputadas como juridicamente relevantes, efetivamente

¹¹ A discussão acerca das acepções, definições e possível conteúdo do que efetivamente vem a constituir a ideia de “liberdade” escapa aos escopos e limites da presente dissertação; destaca-se, entretanto, que, conforme já exposto, a autonomia da vontade se funda no reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de esferas de liberdade para a atuação do indivíduo, ou seja, na noção de liberdade objetiva. Para José Afonso da Silva (2001, p. 234-239), a liberdade objetiva é aquela cujo objeto é de efetivo interesse para o direito positivo, posto que referente à liberdade garantida de agir livremente, de fazer ou de atuar, consubstanciada no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, o qual dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988). Tal dispositivo, além de concretizar o princípio da legalidade, possui, ainda, o condão de materializar o direito fundamental da liberdade de ação, o qual, sendo “liberdade-base” de todas as demais, determina que “a liberdade, em qualquer de suas formas, só pode sofrer restrições por normas jurídicas preceptivas (que impõem uma conduta positiva) ou proibitivas (que impõem uma abstenção)” (SILVA, 2001, p. 239). É, portanto, o fundamento, no ordenamento jurídico brasileiro, da noção de que o indivíduo, no exercício de sua liberdade individual, poder praticar todo “ato não ordenado nem proibido por lei” (AMARAL NETO, 1989, p. 216). Para visão abrangente sobre outras acepções do conceito de liberdade, remete-se a Daniel Sarmento, “Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada” (2005, p. 167-217).

¹² É corrente na doutrina o uso das expressões “autonomia da vontade”, “autonomia privada” e “autorregramento da vontade” para a descrição de um mesmo fenômeno, muito embora tal confusão terminológica não seja recomendada. Destaque-se, neste sentido, a ideia de que a expressão “autonomia da vontade” possui caráter mais subjetivo e psicológico (AMARAL NETO, 1989, p. 213), graças à ênfase conferida a seu aspecto volitivo, quer seja por exprimir um dado constructo ideológico inserido em um contexto histórico e filosófico específico do século XIX (MARTINS-COSTA, 2002, p. 614-615 *apud* NEGREIROS, 2002, p. 2). Da mesma forma, é clássica a crítica formulada por Pontes de Miranda ao emprego do conceito de autonomia privada no sentido de “autorregramento do direito privado”, vez que sua adoção acabaria por, reflexamente, “qualquer auto-regramento da vontade, em direito público, - o que seria falsíssimo. O que caracteriza o auto-regramento da vontade é poder-se, com êle, compor o suporte fáctico dos autos jurídicos com o elemento nuclear da vontade. Não importa em que ramo do direito.” (MIRANDA, 2012, t. 3, p. 111). É com fundamento em tal crítica, que alguns autores que tratam acerca dos negócios jurídicos processuais optam expressamente por se referir ao “autorregramento da vontade”, tal como o faz Pedro Henrique Nogueira (NOGUEIRA, 2016, p. 138), na medida em que seria conceito mais genérico e abrangente, capaz de abarcar outros ramos do Direito que não apenas o Direito Civil. Ante ao exposto, optou-se, na presente dissertação, pelo uso intercambiável entre as expressões “autonomia privada” e “autorregramento da vontade”, vez que, uma vez considerado que o objeto de estudo aqui abordado transita, necessariamente, tanto pelos domínios do Direito Processual Civil quanto que do Direito Civil, a manutenção do conceito “autonomia privada” facilitará o diálogo com as obras e doutrinas do Direito Privado em geral, seara na qual tal expressão é comumente empregada.

passam a integrar o mundo jurídico¹³. São exatamente tais atos que compõem a noção de autonomia privada, a qual, caracterizada como corolário da liberdade juridicamente garantida aos indivíduos, expressa sua capacidade de determinarem seu próprio comportamento, quer seja em relação a escolhas existenciais¹⁴, quer seja em relação a questões negociais (SARMENTO, 2005, p.168-169).

Em outras palavras, é possível definir a autonomia privada como “a auto-regulação dos interesses particulares” (GOMES, 1980, p. 43) ou, ainda, “é o espaço deixado às vontades, sem se repelirem do jurídico tais vontades [...] interior, portanto, às linhas traçadas pelas regras jurídicas cogentes, como espaço em branco cercado pelas regras que o limitam” (MIRANDA, 2012, t. 3, p. 109-110).

Importante que, desde já, sejam feitas duas ressalvas relativas ao estudo da autonomia privada. Em primeiro lugar, destaca-se que a vinculação da autonomia privada com atos de natureza eminentemente negocial ou patrimonial se trata de simplificação equivocada de tal fenômeno. Não se olvida, obviamente, a relevância e destaque que a autonomia privada vem a desempenhar na seara contratual, razão, inclusive, pela qual os dois fenômenos costumam ser associados como se equivalentes fossem. Entretanto, a autonomia privada engloba todos aqueles atos livremente assumidos que possam acarretar transformações jurídicas (PERLINGIERI, 2007, p. 17), de sorte que “a autonomia privada não se identifica com a iniciativa econômica, nem com a autonomia contratual em sentido estrito: o contrato, como

¹³ Sem qualquer pretensão de exaurir o tema, até por se tratar de objeto que foge aos estreitos limites do recorte da presente dissertação, importante apresentar a relevantíssima noção desenvolvida por Pontes de Miranda acerca do fenômeno da incidência das regras jurídicas. Destaca-se, em primeiro lugar, a distinção realizada pelo autor entre o mundo em que se realizam os fatos e o chamado mundo “jurídico” (MIRANDA, 2021, t. 1, p. 59). Inicialmente, cabe à norma jurídica a descrição de determinado fato, evento ou conduta que poderá ocorrer no mundo e que, por ter sido reputado como relevante para a vida social, fora objeto da normatividade jurídica (MELLO, 2012, p. 73). É, pois, tal proposição normativa que atribui à ocorrência de determinados fatos – fatos estes que serão denominados como “suporte fático” (MELLO, 2012, p. 73), efeitos jurídicos (MELLO, 2012, p. 50). O fenômeno da “juridicização” dos fatos se dá, por sua vez, com a incidência da norma jurídica sobre o suporte fático ocorrido, momento a partir do qual o fato jurídico efetivamente é gerado no mundo jurídico, podendo produzir seus efeitos (MELLO, 2012, p. 108). O que importa destacar, por hora, é a noção de “relevância” de dado fato ou conduta para que esta venha a ser descrita por dada norma jurídica, de forma que sua ocorrência fará tal fato gerar o correspondente fato jurídico no “mundo jurídico”. Consequentemente, haverá atos da conduta humana que, por serem atinentes a questões que prescindem de tutela jurídica, serão ignorados pelo ordenamento (GOMES, 1980, p. 44), posto que excessivamente triviais ou sem maiores repercussões na vida social. Por outro lado, aqueles atos que sejam dignos de proteção comporão, propriamente, o conteúdo da autonomia privada perante a ordem jurídica, com todos suas permissões e restrições. Outros aspectos atinentes ao fenômeno da incidência jurídica e ao conceito de negócio jurídico serão abordados em momento oportuno.

¹⁴ Sustenta Pietro Perlingieri, inclusive, a impossibilidade de se igualar, formalmente, os atos de natureza não-patrimonial e existencial – tais como aqueles relativos à saúde (v.g. transplantes) e à vida família – aos atos negociais em sentido estrito, destinados exclusivamente à busca do lucro (PERLINGIERI, 2007, p. 276), de forma que aqueles seria dotados de posição mais elevada na hierarquia constitucional em relação a estes, pelo menos em relação ao ordenamento jurídico italiano (PERLINGIERI, 2007, p. 18).

negócio patrimonial, não exaure a área de relevância da liberdade dos particulares” (PERLINGIERI, 2007, p. 275-276).

Em segundo lugar, importa mencionar, ainda, que a análise de dita autonomia privada, pelo menos no que diz respeito à sua análise em concreto, deverá sempre ser feita com referencial a dado ordenamento jurídico; isto pois sua caracterização é essencialmente dependente da configuração do ordenamento jurídico a que se faz referência (PERLINGIERI, 2007, p. 17), especialmente quando se fala sobre os limites impostos por tal ordem jurídica à autonomia privada. Consequentemente, se trata de conceito jurídico substancialmente influenciado pelo contexto cultural, filosófico e histórico em que estiver inserido (RAATZ, 2016, p. 158).

É por esta última razão, inclusive, que é válido tratar o exercício da autonomia privada, sim, como exercício da autorregulação reconhecida pelo ordenamento jurídico aos indivíduos, mas sem se esquecer que é também uma questão intimamente relacionada com seus limites (AMARAL NETO, 1989, p. 215). A existência de tais limites, muito embora desde sempre existentes, não é sinônimo de sua imutabilidade, especialmente quando considerado que sua modificação – seja para equilibrar interesses individuais ou atingir algum grau de justiça social (GOMES, 1980, p. 45-46) – depende, em última instância, da própria evolução da ordem jurídica subjacente.

Esta primeira aproximação do conceito de autonomia privada cumpre o importante papel de fixar de parâmetros e conteúdos mínimos para sua compreensão, o que se demonstra útil quando se aborda tema tão polivalente e, não raramente, tratado de forma ambígua e pouco precisa. Se presta, ainda, a demonstrar que o conceito ora adotado não é aquele derivado de concepções voluntaristas da autonomia privada, comumente vinculadas às noções do dogma da vontade, da vontade como fonte jurídica¹⁵ e da liberdade absoluta de negociar.

Assim, conforme já exposto, uma aceção dogmática da noção de autonomia privada deriva, necessariamente, de seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico, posto que a autorregulação dos interesses dos indivíduos só pode existir naqueles ordenamentos jurídicos que efetivamente reconheçam a existência de interesses privados (MELLO, 2012, p. 217). Conforme síntese já clássica de Betti, “a autonomia privada é um fenômeno logicamente correlativo ao da existência das esferas individuais de cada um” (BETTI, 1969, t.1, p. 93).

¹⁵ Como frisa Marcos Bernardes de Mello (2012, p. 222), a vontade não é fonte de categorias jurídicas ou dos correspondentes efeitos jurídicos, vez que, respectivamente, tão somente lhe cabe a escolha e o preenchimento de tais categorias, além de só poder atribuir-lhes aqueles efeitos jurídicos que se balizem pelos limites traçados pelo sistema jurídico. Isto pois “tanto quando há ampla liberdade negocial como quando existe disciplinamento prévio, restringindo-a, o que, efetivamente, se tem é outorga de poder às pessoas pelo ordenamento jurídico” (MELLO, 2012, p. 222).

Com o reconhecimento da autonomia privada pelo ordenamento jurídico, passa-se ao subsequente desafio de regulamentá-la. Em diversas experiências jurídicas modernas, o instrumento principal que se destina a viabilizar o exercício da autonomia privada, notadamente a autonomia negocial, se dá por meio da categoria do negócio jurídico, cujos próprios limites representam a área de liberdade de atuação conferida à autonomia privada (GOMES, 1980, 43). Assim, pode-se dizer que:

O negócio é instrumento de autonomia privada, precisamente no sentido de que é posto pela lei à disposição dos particulares, a fim de que possam servir-se dele, não para invadir a esfera alheia, mas para comandar na própria casa, isto é, para dar uma organização básica aos interesses próprios de cada um, nas relações recíprocas. (BETTI, 1969, t.1, p. 102).

Uma vez identificado o forte liame existente entre a noção de autonomia privada e sua concretização pelos correspondentes negócios jurídicos, justifica-se, antes de se passar ao seu estudo e classificação na teoria dos fatos jurídicos, que se apresente breve contexto evolutivo do conceito da autonomia privada. Tal se dá, em grande medida, pois sua evolução e funcionalização foram, ao menos no direito brasileiro, fundamentais para a reformulação dos hoje atuais paradigmas dos fenômenos negocial e contratual.

2.1.1 Da autonomia da vontade à autonomia privada funcionalizada

Conforme já exposto, o conteúdo que vem a compor o conceito de autonomia privada é, antes de tudo, condicionado pelas circunstâncias históricas e culturais do ordenamento jurídico em que estiver inserido. É por tal razão, inclusive, que alguns autores apontam a existência de diversas “autonomias”, cada qual refletindo a visão e interpretação de cada época sobre tal conceito (RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 117). Importante distinguir, assim, a acepção da autonomia da vontade, em sua gênese, da ideia de autonomia privada que se desenvolve posteriormente.

A Revolução Francesa, na qualidade de fato histórico que viabiliza o rompimento com o *Anciën Régime* francês, coloca em perspectiva central a figura do indivíduo – notadamente do indivíduo burguês, componente essencial do “terceiro estamento” (*le Tiers Etat*) -, além de pautar, também, na tríade “liberdade, igualdade, e fraternidade”, os ideais de supressão de estamentos sociais, igualdade formal¹⁶ e abolição de todos os privilégios (COMPARATO, 2015, p. 148).

¹⁶ Paolo Grossi destaca que a igualdade, formalmente considerada, desempenhará um papel importante no Código Civil Francês de 1804. Isto pois, partindo da premissa que o “ônus da igualdade” não tolera qualquer forma de diversidade que se derive do pertencimento a dada religião ou, ainda, a certas velhas estruturas sociais

Ademais, devido à forte influência filosófica do iluminismo e do humanismo nos ideais que levaram à Revolução, destaca-se que tal período fora marcado, ainda, pelas concepções do individualismo e do voluntarismo, ideias estas que, como se verá, são fundamentais na conformação da autonomia da vontade como era, então, compreendida.

É corrente a indicação de que o fundamento do individualismo se encontra na doutrina do nominalismo, a qual teve como alguns de seus principais expoentes Duns Scotto e Guilherme de Ockham. Em grandes linhas, o nominalismo, tal como apresentado por Ockham, indica verdadeira contraposição ao realismo moderado, tal como sustentado por São Tomás de Aquino, o qual tomava como reais – ou seja, não se confundindo com meros conceitos surgidos da mente humana – os chamados “universais”: *v.g.* os gêneros, as espécies (VILLEY, 2005, p. 227). Assim, os seres singulares viriam a se incluir em classes que refletiam a existência de uma ordem natural e existente, objetivamente, no mundo exterior, independentemente de sua apreensão pelo intelecto (VILLEY, 2005, p. 227).

A oposição de Ockham e de seu nominalismo ao realismo é frontal; sustenta o autor, na realidade, que somente os indivíduos são, efetivamente, reais e existentes, contrapondo-se àquelas categorias universais: “só Pedro, Paulo, aquela árvore, aquele bloco de pedra são reais, só eles constituem ‘substâncias’. Quanto ao ‘homem’, quanto ao vegetal ou ao mineral, isso não existe, e poderíamos dizer o mesmo de todas as noções gerais” (VILLEY, 2005, p. 229).

Desta forma, todos os indivíduos, seres e objetos devem ser considerados individualmente, singularmente. Os “universais” e as generalizações, por sua vez, não representariam mais do que signos e termos da linguagem destinados, tão somente, a exprimir semelhanças ou relações existentes entre vários fenômenos ou seres singulares (VILLEY, 2005, p. 230).

O voluntarismo, por sua vez, reflete a doutrina “segundo a qual o direito tem a sua fonte não numa ordem objetiva (da natureza, da sociedade), não em direitos naturais e irrenunciáveis do homem, não uma lógica jurídica objetiva, mas no poder da vontade” (HESPANHA, 2012, p. 322).

Com desdobramento do nominalismo de Ockham nos ideais do individualismo e do voluntarismo, interessantes repercussões são sentidas no próprio mundo do direito; isto pois, se conceitos genéricos e universais não são, de fato, reais, põe-se em xeque a própria noção

intermediárias, as pessoas passam a ser consideradas como seres abstratos e socialmente “nus”, ou seja, completamente desvincilhadas de sua condição social (GROSSI, 2010, p. 88).

clássica de direito natural¹⁷, cuja essência residia na descoberta de soluções jurídicas emanadas da ordem subjacente à própria natureza.

O nominalismo, assim, prima pela existência de uma norma jurídica não mais extraída da ordem natural, mas fundada nas vontades positivas dos indivíduos (VILLEY, 2005, p. 233). A menção a tais normas fundadas na vontade dos indivíduos sugere, ainda, que o embrião do próprio positivismo jurídico se encontrava na obra de Ockham:

O positivismo jurídico é [...] a doutrina que exalta o direito positivo a ponto de pretender edificar sobre a lei, e apenas sobre a lei, o conjunto da ordem jurídica.

E é nesse sentido, o mais claro e mais autêntico, que o positivismo jurídico é produto do nominalismo. E que já faz parte da doutrina de Guilherme de Ockham. Como acabamos de dizer, Guilherme de Ockham apenas reconhece, como objeto do conhecimento, “*res positivae*” singulares: isso quer dizer que ele também só pode reconhecer como fontes de direito fórmulas de leis, expressões de vontades individuais, e não mais a ordem da natureza. Guilherme de Ockham concebeu e até aplicou o positivismo jurídico. (VILLEY, 2005, p. 236)

Como último elemento a ser destacado acerca da obra de Ockham, Michel Villey aponta, ainda, que é possível se encontrar o germen do que do surgimento da noção de direito subjetivo¹⁸ em sua obra. Para Villey, tal origem se dá pela associação entre a força normativa do direito a uma faculdade do sujeito, notadamente um poder, cuja associação dará origem a uma nova ordem social, fundada no direito individual e na ideia de *potestas* dignificado enquanto direito (VILLEY, 2005, p. 253 e 288).

Seriam, conforme Hespanha (2012, p. 320-321), “poderes de vontade garantidos pelo direito”, cuja restrição somente se justifica na medida em que for necessária para a salvaguarda dos direitos dos outros. A título de exemplificação, cita-se o direito do credor de exigir a prestação do devedor e o direito de o proprietário usar de sua propriedade com a exclusão da interferência de terceiros; todos estes direitos subjetivos correspondem à expressão de uma vontade, cujos efeitos não existiriam senão provocados pela manifestação desta mesma vontade (HESPANHA, 2012, p. 321).

Naturalmente, a absorção de inúmeras propostas do nominalismo pelo direito fora um processo lento, vez que a obra de Guilherme de Ockham surge já na primeira metade do

¹⁷ Não se pretende, aqui, discorrer sobre as acepções ou sobre as inúmeras correntes filosóficas acerca da ideia de direito natural. O que busca aqui se apresentar é, na esteira da exposição de Michel Villey (2005), demonstrar que a mudança de enfoque estimulada pelo nominalismo de Ockham gerará, eventualmente, uma mudança na compreensão do fenômeno jurídico, cujo polo de interesse migrará de uma preexistente “ordem natural” para uma ordem decorrente da própria racionalidade humana.

¹⁸ Para as razões que levam Michel Villey a identificar, na obra de Ockham, as raízes para uma “teoria ockhamiana do direito subjetivo”, nascida, especialmente, em decorrência da querela entre a Ordem dos Monges Franciscanos – da qual Ockham era membro – e o Papa João XII, remetemos para Michel Villey, “A formação do pensamento jurídico moderno” (2005, p. 265-288).

século XIV (VILLEY, 2005, p. 221-222). Entretanto, sustenta Michel Villey que, não obstante a lógica e metafísica da obra de Ockham tenha se transmitido somente de forma indireta e lenta para a ciência jurídica, seu papel fora fundamental para a para as premissas e estrutura do direito moderno (VILLEY, 2005, 233-234).

Não é por outro motivo que o direito natural que se desenvolve na cultura jurídica europeia dos séculos XVII e XVIII, bebendo das fontes do nominalismo e do cientificismo cartesiano, reflete um “novo” jusnaturalismo, cujo fundamento não residia mais em fundamentos religiosos – notoriamente fragmentados na Europa -, mas sim em um atributo comum a todos os homens: a razão. É o processo de laicização dos valores que fundamentam o direito, valores estes comuns a todos os homens, assim como também o são as evidências racionais (HESPANHA, 2012, p. 310-311).

John Gilissen (1995, p. 737-738) atribui, ainda, à Escola Jusnaturalista o primado do desenvolvimento, no século XVII, da autoridade da vontade: indica, assim, que com Grócio se desenvolverá a soberania da vontade, com fundamento no respeito da palavra dada, cuja observância se imporá desde as relações individuais até os tratados firmados entre as nações; Puffendorf, por sua vez, defenderá que a autoridade do direito encontra seu fundamento e origem no homem, o qual não pode ser comandado por nenhuma autoridade superior.

Tradicionalmente, entretanto, indica-se a doutrina de Immanuel Kant como a precursora¹⁹ da expressão “autonomia da vontade”, com lastro em sua obra “Fundamentação da metafísica dos costumes” (RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 117). A doutrina kantiana da “teoria da vontade” teria, portanto, realçado a autonomia da vontade e seu papel criador de valores universais. Em última instância, o próprio direito consistiria na forma da relação existente entre o encontro do arbítrio de duas pessoas, sendo que a ação justa ou jurídica se expressaria pela coexistência entre os respectivos livres-arbítrios (HESPANHA, 2012, p. 321).

Vê-se, portanto, que toda bagagem filosófica e jurídica que se expressa com o eclodir da Revolução Francesa é o acúmulo, pois, de longo desenvolvimento do nominalismo, da doutrina kantiana e da conformação de um novo jusnaturalismo, todos os quais representam um retorno ao indivíduo e à exacerbação de sua vontade.

¹⁹ Certos autores, entretanto, indicam que a expressão só haveria ingressado no direito interno por contribuição de obras de Direito Internacional, notadamente a partir de posicionamentos de Charles Dumoulin no século XVI (RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 117-118).

Ainda que seja inquestionável a relevância da Revolução Francesa na conquista das liberdades individuais, conquista esta que pode ser descrita, inclusive, como uma primeira geração dos direitos humanos (FERREIRA FILHO, 2012, p. 24), não se deve olvidar que fora no campo das relações econômicas e contratuais que a autonomia da vontade encontrou sua maior aceitação, especialmente com a edição do *Code Civil* francês de 1804.

O Código Civil Francês (comumente designado como Código de Napoleão ou Napoleônico) representa verdadeiro marco para a ciência jurídica europeia, notadamente por ser o primeiro grande Código da idade moderna e o primeiro dos códigos burgueses (ROPPO, 2009, p. 41). Em perspectiva funcional, Judith Martins-Costa aponta que o Código de Napoleão atende perfeitamente às necessidades da burguesia industrial que se expande no século XIX, trazendo, em seu conteúdo, extensa regulamentação da vida privada: abrange os fundamentos do individualismo do liberalismo; coloca os bens no centro²⁰ do sistema jurídico e edifica um regime de propriedade que viabiliza a apropriação privada dos meios de produção; assegura a transmissão patrimonial²¹ por meio da sucessão *causa mortis*, sem prejuízo do direito de testar, dentre outras questões (MARTINS-COSTA, 2000, p. 187-188). Em suma: o Código Civil Francês de 1804 busca regular exhaustiva e plenamente a vida privada burguesa, a ponto de ser apontado como a “constituição da vida privada” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 189).

A divisão do Código se dava em três grandes seções: a primeira destinada às pessoas, a segunda à propriedade e, a terceira e última, destinada aos instrumentos que existem para a viabilizar a circulação de bens, tais como contratos, sucessões, dentre outros (GROSSI, 2010, p. 89). É por tal razão que Enzo Roppo destaca que o contrato, no Código de 1804, assume uma posição subordinada à propriedade, vez que destinado a transferir direitos sobre as coisas (ROPPO, 2009, p. 42).

Assim, com a edificação da propriedade privada enquanto pedra fundamental do Código de Napoleão, consolidada estava, também, a liberdade individual: como é marca do pensamento oitocentista, as ideias de propriedade e liberdade estavam intimamente atreladas, posto que, de um lado, a propriedade representava a garantia do indivíduo em face do poder público; por outro, era a liberdade que constituía a própria substância da propriedade, vez que, sem aquela, não haveria a possibilidade de uso e gozo desta (ROPPO, 2009, p. 42-43). Assim, “sem propriedade [...] não há liberdade, mas inversamente, não pode haver propriedade

²⁰ Destaca Judith Martins-Costa (2000, p. 188), neste sentido, que mais de 1700 artigos do Código de Napoleão dizem respeito aos bens, enquanto tão somente 500 eram dirigidos às pessoas. Entretanto, mesmo os dispositivos relativos às pessoas versavam, primariamente, sob a perspectiva de sua propriedade (GROSSI, 2010, p. 89).

dissociada da liberdade de gozá-la, de dela dispor, de transferi-la e fazê-la circular sem nenhum limite” (ROPPO, 2009, p. 43).

Entretanto, a maioria dos recursos econômicos e da propriedade imobiliária eram de titularidade das classes vencidas na Revolução Francesa – nobreza e clero -, razão pela qual urgia o desenvolvimento de mecanismos e instrumentos de transferência de riquezas para a burguesia, ora vitoriosa, a fim de que concentrasse grande parcela dos recursos produtivos às suas capacidades produtivas (ROPPO, 2009, p. 43).

Diante de tais urgências e da necessidade de edificação de um instrumento técnico-jurídico adequado a realizar tal transferência, com redução de desperdícios, atritos e lesões substanciais, o legislador francês edifica a figura do contrato e a correspondente liberdade de contratar, com fundamento no consenso dos contratantes (ROPPO, 2009, p. 45):

Nesta perspectiva, liberdade de contratar significava, para a burguesia empreendedora, de adquirir os bens das classes antigas, detentoras improdutivas da riqueza, e livre possibilidade de fazê-los frutificar com o comércio e a indústria. Mas contrato baseado no consenso significava, por outro lado, uma forte garantia para as velhas classes proprietárias (que a burguesia pretendia não destruir, mas promover, numa relação de aliança subalterna): a garantia de que para a transferência dos seus bens era sempre necessária sua vontade. (ROPPO, 2005, p. 45-46)

Assim, a ideia de plena liberdade de contratar era condição de possibilidade de desenvolvimento das atividades burguesas, vez que capaz de viabilizar a transferência patrimonial pretendida; por outro lado, era a plena vinculação dos contratantes à palavra dada, à vontade livremente manifestada, que garantia a segurança jurídica das avenças pactuadas.

Consagrando a dupla necessidade de liberdade e segurança, o legislador francês edificou, no artigo 1.134 do Código Civil de 1804, fórmula que seria verdadeiro marco da ideologia liberal e de seu constructo jurídico nos oitocentos: “os contratos legalmente formados têm força de lei para aqueles que os celebraram”²². Tal dispositivo, muito embora seja enunciado de simples compreensão, reflete verdadeira síntese do quanto até aqui exposto, sendo troféu do triunfo do liberalismo, do individualismo e do liberalismo, cujos desdobramentos são significantes para a ordem jurídica então vigente.

Em primeiro lugar, destaca-se que o artigo 1.134 consagra, em termos jurídicos, o dogma da autonomia da vontade, cujos antecedentes já foram explorados. Como sintetiza Judith Martins-Costa, o dogma assenta a noção de que o homem livre exprime uma vontade

²² Tal tradução fora encontrada na tradução portuguesa da obra de Enzo Roppo, “O contrato” (2009, 34). Miguel Reale, entretanto, evita propositadamente a expressão “força de lei”, apresentando a seguinte tradução: “as convenções legalmente formadas têm lugar de leis (*tiennent lieu de lois*) para aqueles que as fizeram” (REALE, 1998, p. 90). Entendemos que, para fim da exposição que ora se faz, ambas as traduções exprimem o fim pretendido, qual seja, demonstrar a obrigatoriedade e vinculação dos contratantes aos pactos por si celebrados.

livre, ou seja, “o indivíduo é, na sociedade, um ser essencialmente livre, que somente pode se vincular e não pode sofrer nenhuma outra constrição senão aqueles que ele mesmo reconhece ou as que a ordem jurídica, excepcionalmente, e de forma limitada e vaga, lhe assinala” (2000, p. 202-203).

Daí se falar em consensualismo contratual, ou seja, o consenso entre as partes contratantes como fonte de relações jurídicas (REALE, 1998, p. 91). Se, por um lado, o consentimento mútuo constitui elemento essencial do contrato, sem exigências, como regra, de formas específicas que fossem essenciais à sua validade (NEGREIROS, 2002, p. 25), a ausência de consentimento livre, seja por falta de liberdade (v.g. a coação) ou de conhecimento de causa (v.g. o erro), macula e nulifica o contrato, posto que viciada a vontade do contratante (MARTINS-COSTA, 2000, p. 203).

Em segundo lugar, a justiça contratual não era questão que comportava maiores elocubrações. Se as manifestações de vontade que deram origem ao contrato foram declaradas livremente, sem qualquer vício de consentimento, a igualdade jurídica (formal) dos contratantes era garantia de que as trocas respeitavam os cânones da justiça comutativa (ROPPO, 2009, p. 35).

Assim, a mera igualdade formal entre indivíduos e a sua livre manifestação de vontade asseguravam que o contrato seria automaticamente reputado como justo (MARTINS-COSTA, 2000, p. 203), independentemente das condições materiais de sua realização ou da existência de eventual desequilíbrio contratual (RENNER, 2007, p. 28). Tal cenário é representado, sinteticamente, pela já clássica fórmula atribuída a Alfred Fouillé: “*quid it contractuel dit juste*”²³.

Em terceiro lugar e consagrando uma das mais célebres fórmulas na seara dos contratos, tem-se a noção de “*pacta sunt servanta*”, a qual atribui obrigatoriedade aos compromissos livremente assumidos, cujo caráter inderrogável lhes aproximaria da própria ideia de lei (ROPPO, 2009, p. 34). Assim, obrigatoriedade dos contratos exprime, além uma substância ética própria, intimamente relacionada com a autorresponsabilização de indivíduos livres, um caráter econômico relevante, vez que garante a circulação de riqueza na medida em que protege o cálculo econômico e as previsões dos contratantes (ROPPO, 2009, p. 34-35). É, pois, condição necessária para o funcionamento do sistema de circulação de bens proposto pelo Código Civil Francês de 1804.

²³ Conforme tradução de Anderson Schreiber, “quem diz contratual diz justo” (SCHREIBER, 2020, p. 61), refletindo a noção de que a justiça contratual é intrínseca aos pactos nos quais as vontades foram livremente manifestadas por sujeitos formal e juridicamente iguais.

Em quarto e último lugar, destaca-se uma outra repercussão teórica essencial para o que pretende aqui se expor: a fórmula econômica liberal do *laissez-faire*, *laissez-passer* clama pela liberdade absoluta de contratar, ainda que as avenças se apresentassem, no plano material, como absolutamente injustas (GILISSEN, 1995, p. 738-739). É por tal razão que se aponta que a autonomia da vontade, se encontrava limites na lei, estes eram mínimos, se confundindo, não raramente, com sua ausência:

a tal poder da vontade a lei só pode opor uns poucos limites negativos, vale dizer, a lei apenas tem o poder de assinalar as fronteiras, muito largas, dentro das quais a liberdade individual poderia mover-se e expandir sem contrariedades, tais quais a fórmula dos bons costumes e as limitações subjetivas, atinentes à capacidade. Não se poderia, então, tolerar a imposição, por lei, de fronteiras positivas, que impusessem aos sujeitos, contra a sua vontade, certos deveres e muito menos que estes deveres viessem formulados pela voz do Judiciário. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 203)

Vê-se, ante o já exposto, que a ideia de autonomia da vontade cunhada no pós-Revolução, mais especificamente pelo Código Civil Francês de 1804, representa uma síntese de um contexto histórico e cultural específico, permeado pelos ideais de humanismo, individualismo, voluntarismo e, sobretudo, liberalismo. Como bem define Antônio Junqueira de Azevedo, tal autonomia da vontade, dita “francesa”, não representa mais do que uma visão insular do homem, fundada em um dualismo que separa o homem e a natureza (AZEVEDO, 2002, p. 13 *apud* RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 118); referencia-se, metaforicamente, ao homem europeu como aquele que, trajando seu terno, deixa à mostra tão somente sua cabeça e suas mãos, símbolos respectivos da razão e da ação ou vontade, mas esconde o restante do corpo, o qual simboliza a natureza física e a essência do homem (AZEVEDO, 2002a, p. 109).

É, por esta razão, que aqui se acolhe a crítica de Judith Martins-Costa acerca do uso contemporâneo da expressão autonomia da vontade, posto que esta representa uma construção ideológica específica do século XIX (MARTINS-COSTA, 2000, p. 614-615 *apud* NEGREIROS, 2002, p. 2). Acrescente-se, ainda, que ideia de autonomia da vontade traz consigo, uma conotação de liberdade absoluta e irrestrita, verdadeiras “zonas francas” para a atuação de tal autonomia (TEPEDINO, 2009c, t. 3, p. 6), o que, atualmente, não mais se sustenta.

Sem superar, ainda, o dogma da autonomia da vontade, o fenômeno contratual ganhará novo nível de sofisticação e abstração com a pandectística e o desenvolvimento da categoria dos negócios jurídicos. O *BGB*, o qual entra em vigor quase um século de atraso em relação à experiência francesa por força de diversas condicionantes histórias e sociais, é produto de

uma tradição científica diferente substancialmente distinta da francesa, o que levou à edificação de um modelo distinto de disciplina contratual (ROPPO, 2009, p. 46-47).

Destaca-se, nesse sentido, a construção de uma categoria jurídica mais abstrata e geral que o contrato, capaz de abarcar uma série de fenômenos que não apenas o contratual: o negócio jurídico. Assim, a disciplina contratual não mais se reportava, tão somente, à subespécie do contrato (*Vertrag*) propriamente, mas também às normas gerais de disciplina do negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*) (ROPPO, 2009, p. 47-48).

Se é possível se apontar distinções de cujo técnico-jurídico entre os modelos alemão e francês, é certo que, no plano ideológico, o negócio jurídico representava um instrumento ainda mais eficaz na reafirmação dos valores burgueses. Não bastasse sua absoluta harmonia com as exigências e interesses econômicos desta classe, o negócio jurídico representava novo passo no sentido de abstrair, ainda mais que o contrato, os negócios dos sujeitos reais e das operações econômicas reais, hipertrofiando a igualdade formal dos sujeitos jurídicos (ROPPO, 2009, p. 50-51):

Por intermédio dele, tornavam-se de facto irrelevantes, ou apagavam-se até, a concreta posição económico-social das partes e os termos reais da troca económica levada a cabo, que desapareciam por detrás de um de um dado, por assim dizer, biológico (e neste sentido abstraído das determinações de classe) ao qual se atribuía relevância exclusiva: a vontade; (ROPPO, 2009, p. 51)

Assim, o poder e relevância da vontade também encontrava abrigo no *BGB*, sendo inclusive elevada a elemento central para a definição do negócio jurídico, reforçando-se ainda mais o dogma da vontade. Limitava-se, assim, a aferição de eventuais vícios do negócio jurídico à verificação da existência de eventuais vícios da vontade que, de forma um tanto quanto similar à francesa – ainda que relativa a conceito jurídico inexistente no Código Civil Francês de 1804 -, maculassem a liberdade e a espontaneidade da quem contrata (ROPPO, 2009, p. 49).

O apelo à vontade e à sua força criadora de obrigações justificava, ainda, que se limitasse a interferência de poderes públicos na dinâmica das atividades dos particulares, cujo fundamento se dava em sua autonomia da vontade. Oras, se a autonomia da vontade coincidia com a livre expressão da vontade humana, é consequência natural que toda influência externa ou “qualquer intervenção autoritária destinada a limitá-la devia aparecer como tentativa inadmissível de substituir a fonte ‘natural’ dos efeitos jurídicos por uma fonte ‘artificial’ e arbitrária, e, ao mesmo tempo, como atentado odioso a um atributo fundamental da pessoa.” (ROPPO, 2009, p. 51-52).

Tal qual na experiência francesa, Wieacker (2015, p. 552) ainda aponta que o *BGB* não conferiu ao direito privado, propriamente, uma função social própria²⁴. Limitou-se, assim, a configurar um modelo de direito privado que se mantinha adstrito aos estreitos limites de um liberalismo eticamente fundado, mas ainda refletindo os interesses da classe burguesa.

Muito embora se aponte que o *BGB* tenha nascido, em certa medida, em descompasso com certas exigências sociais e até mesmo da sociedade dos negócios, é certo que seu primor técnico-científico o alçou à condição de código comparável com o Código Civil Francês de 1804, influenciando substancialmente países encarregados na missão de construir um código próprio (WIEACKER, 2015, p. 553-554).

Naturalmente, tal influência se fez sentir no Código Civil Brasileiro de 1916, apontando-se o *BGB* como na base do projeto de Clóvis Beviláqua (WIEACKER, 2015, p. 556-557), além de ser possível a identificação das influências individualistas e voluntaristas do Código Civil Francês de 1804. Assim, adotou-se, também na realidade brasileira, a filosofia europeia do século XIX, sintetizada como individualista e representante do “mundo da segurança”, assim compreendida a noção de “segurança”, conforme síntese de Stefan Zweig, como sinônimo de segurança dos pactos e do trânsito jurídico de bens²⁵, por sua vez garantidos pela estabilidade das regras do direito civil (TEPEDINO, 2006a, p. 38-39).

É certo que, não obstante a panaceia individualista e a edição do *BGB* no crepúsculo do século XIX, logo na segunda metade do século já se insurgiam vozes contrárias aos abusos decorrentes da liberdade contratual irrestrita; o recrudescimento das desigualdades sociais e da exploração brutal da mão de obra proletária, tudo validado com fundamento na sacrossanta “liberdade contratual” do indivíduo abstrato dos oitocentos, geraram crises sociais até então inéditas. Some-se a tal questão social, ainda, que o começo do século XX fora surpreendido por duas guerras de escala mundial, as quais puseram em xeque os consensos até então estabelecidos.

²⁴ Cita Franz Wieacker, por exemplo, que o *BGB* decidia fundamentalmente contra a equivalência material dos contratos, tal como proposta pela ética aristotélica; que a fórmula da *laesio enormis*, herdado do direito comum, desapareceu; e que a cláusula *rebus sic stantibus* fora expressamente rejeitada. Em suma, o *BGB* renunciou a uma ética material dos contratos e não se preocupou que a liberdade contratual eventualmente se tornasse uma ameaça à liberdade social pela constituição de cartéis ou pelo falseamento do mercado. Bastava, assim, a crença e a confiança no ideal do cidadão racional e autorresponsável (WIEACKER, 2015, p. 552-553).

²⁵ É interessante notar que, se o Código Civil Francês de 1804 e o *BGB* representavam, respectivamente, os interesses da incipiente classe burguesa francesa e alemã, também no Brasil o Código Civil de 1916 é fruto da obra de homens de classe média, cuja preocupação imediata era a construção de um conjunto de normas de Direito Privado que correspondesse às “aspirações de uma sociedade interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção”, muito embora tenham sofridos pressões da elite agrária do país, a qual não tolerava certas “ousadias” de cunho liberal e progressista (GOMES, 2006, p. 30-31).

As reações a tais excessos do liberalismo econômico e jurídico se apresentarão como um movimento cunhado como “socialização” ou “publicização” do direito, cujos traços essenciais residem no aumento da influência do direito público sobre áreas até então reservadas ao direito privado²⁶, bem como o aumento intervenção estatal na economia. No plano jurídico, tais intervenções redundaram, não raramente, na redução da liberdade irrestrita de contratar.

Na Alemanha, por exemplo, indica-se que o “novo” direito social e econômico quebraram o predomínio do direito privado a partir da 1ª Guerra Mundial, sendo impostas graves restrições às liberdades contratuais e de utilização de propriedade pela economia de guerra. Tais traços foram marcantes, por exemplo, com o controle e regulamentação de um mercado dirigido de habitação²⁷, o qual constituiu ruptura profunda com a ampla liberdade de contratar, medida esta que se impôs pelo problema habitacional que acometeu o país durante o período de guerra (WIEACKER, 2015, p. 630-634).

Também adquiriu relevância e autonomia em tal período, na Alemanha, o direito do trabalho, cujo alargamento e desenvolvimento pela doutrina e pela jurisprudência durante tal período é considerado como um dos progressos jurídicos mais relevantes do século XX, cujo destacamento completo do direito privado só se deu com vitórias parciais da classe operária alemã em 1918 (WIEACKER, 2015, p. 635-636).

Em suma, o que se percebe na realidade alemã é um movimento de integração da sociedade econômica liberal na ordem jurídica pública, mediante a “impregnação” do direito social na realidade jurídica alemã do século XX (WIEACKER, 2015, p. 632):

Isto significa, no entanto, que, neste sistema ordenador, os princípios constitutivos do direito privado clássico – a fundamentação dos direitos subjectivos privados e da autonomia negocial privada e as conexões conceituais e a unidade interno do sistema – estão necessariamente postas à prova e submetidas a uma mutação decisiva de funções. Uma nova

²⁶ É importante, entretanto, que se faça menção das críticas formuladas por Otavio Luiz Rodrigues Junior sobre tal processo de “socialização” do direito privado. Destaca que tal sensação de “asfixia” fosse, na época em que surge, até passível de identificação com uma ideia “publicização” do direito civil, dado o aumento na preocupação com questões de interesse social e conteúdo humanista. Entretanto, a utilização de um termo tão plurívoco como “socialização” não pode, hoje, ser aceito de forma tão genérica. Para tanto, cita, por exemplo, que muito embora a famosa obra de Patrick Atiyah, *“The rise and fall of freedom of contract”*, tenha sido projetada para a realidade brasileira como se fosse um trabalho descrito da crise dos contratos no pós-guerra, em verdade se refere à ascensão e queda de uma teoria contratual específica, qual seja, a teoria inglesa, também fundada no voluntarismo e em voga entre os séculos XVIII e XIX; por outro lado, também demonstra o “avanço” do direito civil sobre áreas tais como do direito administrativo, do trabalho e processual civil – esta última evidenciada, após a edição Código de Processo Civil de 2015, por exemplo, pela criação da figura do negócio jurídico processual – a partir dos idos de 1980, sem que, contudo, tal processo fosse identificado como a “civilização” do direito público (RODRIGUES JUNIOR, 2019, p. 41-82).

²⁷ Inicialmente concebido como uma regulamentação jurídica de emergência, o direito social de habitação foi adquirindo, com o tempo, certa permanência no direito alemão, fixando rendas mínimas e máximas e medidas de proteção dos inquilinos (WIEACKER, 2015, p. 634).

legitimação do direito privado na consciência jurídica do estado social e a sua convincente sintonização com o direito social (ao lado da sua integração numa economia concorrencial concebida como princípio de funcionamento do mercado) passaram a constituir a tarefa mais premente da jurisprudência e da dogmática civilísticas da actualidade. (WIEACKER, 2015, p. 633)

Assim, a liberdade contratual é mantida no contexto da “economia social de mercado”, mas passa a ser funcionalizada²⁸ em relação ao ordenamento social; as limitações da liberdade contratual derivam da observância da erupção da solidariedade em meio à concepção clássica do direito privado (WIEACKER, 2015, p. 633).

Processo parecido acometeu, paralelamente, a realidade jurídica brasileira. Inicialmente elaboradas com caráter excepcional e transitório, a fim de manter inalterados os alicerces e a dogmática do Código Civil Brasileiro de 1916, o legislador brasileiro viu-se cada vez mais pressionado a editar leis “de emergência”²⁹, com o intuito de atender aos inúmeros conflitos sociais e situações econômicas não contempladas pelo Código (TEPEDINO, 2006a, p. 39-40). Neste sentido, por exemplo, aponta-se que o Decreto nº 4.403, de 22 de dezembro de 1921, foi um dos primeiros diplomas a inaugurar uma série de leis do inquilinato com maior ou menor grau de proteção aos locatários, derogando as normas do Código Civil de 1916 relativas à matéria (RODRIGUES JUNIOR, 2019, p. 41).

Acentuaram-se, no mesmo período, às críticas à autonomia da vontade “francesa”, notadamente pelas graves consequências sociais decorrentes de sua exacerbação. Em contrapartida, adotou-se a adjetivação da autonomia enquanto privada, no sentido de dar normas a si mesmo no âmbito das relações jurídicas de direito privado. Assim, a *autonomia privata*, versão italiana da autonomia da vontade, exprime uma visão dogmática mais objetiva e fundada nos seguintes postulados: a supremacia do interesse público sobre o do particular e de sua esfera privada; a colocação do negócio jurídico como espécie normativa subalterna; a

²⁸ Gustavo Tepedino, com fundamento em Pietro Perlingieri, descreve que o processo de funcionalização das estruturas jurídicas atinge a todos os fatos jurídicos. As situações jurídicas subjetivas apresentam, portanto, dois “aspectos distintos – o estrutural e o funcional. O primeiro identifica a estruturação de poderes conferida ao titular da situação jurídica subjetiva, enquanto o segundo explicita a finalidade prático-social a que se destina. O aspecto funcional condiciona o estrutural” (TEPEDINO, 2009d, t. 3, p. 150). Assim, os legítimos interesses individuais merecerão tutela na medida em que forem socialmente relevantes. Tal noção não se vincula, de forma alguma, a uma visão totalitária do direito: diz respeito ao atendimento dos valores sociais consagrados pela Constituição, os quais são elementos internos à própria noção de autonomia privada (TEPEDINO, 2009d, t.3, p. 150-152).

²⁹ Observando tal movimento de descodificação, o qual também tomou lugar na Itália, Natalino Irti, em célebre obra, anuncia a “era da descodificação”, representada pela substituição de um sistema jurídico único, centrado no Código Civil, por um polissistema, formado por diversos microssistemas de direito privado (TEPEDINO, 2006a, p. 44-45). Entretanto, tal como Gustavo Tepedino (2006a, p. 46-47) e Pietro Perlingieri (2007, p. 6), aqui não se admite a teoria da fragmentação sistemática, posto que a unidade do sistema jurídico hoje reside na centralidade da Constituição Federal, a qual deve, naturalmente, ser tomada como filtro axiológico e polo interpretativo de toda a legislação infraconstitucional, quer esta esteja sistematizada em um Código ou na forma de normas esparsas.

autonomia privada reflete um poder normativo concedido aos indivíduos pela lei, mas que deve ser exercida nos limites desta e de seus valores; a autonomia privada reflete um poder outorgado pelo Estado aos indivíduos (RODRIGUES JUNIOR, 2006, 27-28).

Importante destacar, ainda, o paulatino processo de inserção, nas constituições, de temas antes reservados ao direito civil. Assim, verifica-se, especialmente nas constituições do pós-guerra³⁰, a introdução de normas que estabelecem deveres sociais a serem observados no desenvolvimento da atividade econômica, além de tratarem de temas tradicionalmente afeitos ao direito civil, tais como função social da propriedade, limites da atividade econômica, organização da família, dentre outros (TEPEDINO, 2006b, t.2, p. 28-29).

Há, portanto, um processo de constitucionalização³¹ do direito civil, o qual, como defende Gustavo Tepedino (2006b, t.2, p. 41-42), passa a exigir, em relação aos legisladores,

³⁰ Indica-se, comumente, que as Constituições Mexicana (1917) e Alemã (1919) foram as pioneiras em traçar as linhas mestras do Estado da democracia social, as quais foram retomadas por diversas cartas constitucionais após a Segunda Guerra Mundial. Os direitos sociais foram, portanto, diferenciados dos clássicos direitos e garantias individuais, já que, se estes representam verdadeira limitação do Estado, ou seja, esferas de liberdade nas quais não é lícito a invasão por parte dos Poderes Públicos, aqueles têm por objeto uma atividade positiva do Estado, o qual, por meio de políticas públicas, deve promover direitos à educação, à saúde, ao trabalho, dentre outros (COMPARATO, 2015, p. 204-206).

³¹ Muito embora seja expressão comum e já difundida na doutrina nacional, a “constitucionalização” do Direito, em especial do direito civil, não reflete um fenômeno que ocorre, tão somente, de uma única forma. Neste sentido, Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 39) indica que, se a principal noção que se tem de “constitucionalização do Direito” é a de irradiação dos efeitos das normas ou valores constitucionais, tal processo pode ocorrer por várias formas, bem como ser causado por diversos atores. Destaca, assim, na obra de Gunnar Folke Schuppert e Christian Bumke, três formas de constitucionalização que servem para a compreensão do fenômeno no direito brasileiro. A primeira destas, a constitucionalização por reforma legislativa, se dá mediante reformas legislativas nas normas infraconstitucionais, a fim de adaptá-las às prescrições constitucionais ou, ainda, realiza-las, no caso das constituições dirigentes. A segunda ocorre pela irradiação do direito constitucional pelos outros ramos do direito, com a consequente “submissão” de tais ramos aos ditames constitucionais. Exemplifica que, muito embora o fenômeno hoje se apresente como trivial, a constitucionalização do direito privado na Alemanha, em 1950, se mostrou como empreitada de difícil fundamentação, diante da tradição noção de que tal ramo do direito seria zona de livre atuação da autonomia privada. Por fim, destaca a constitucionalização pela atuação dos legisladores (como já visto), pela jurisprudência e pela doutrina (SILVA, 2014, p. 39-45). Já na obra de Luis Favoreu, Virgílio Afonso da Silva frisa que, dentre os tipos de constitucionalização mencionados pelo autor, a chamada “constitucionalização-transformação” é a que mais se aproxima de sua concepção de constitucionalização do direito: é, nas palavras de Louis Favoreu, “constitucionalização dos direitos e liberdades, que conduz a uma impregnação dos diferentes ramos do direito e, ao mesmo tempo, à sua transformação. Mas isso diz respeito também às instituições, especialmente as instituições administrativas e judiciais” (FAVOREAU, 1996, p. 37 *apud* SILVA, 2014, p. 48). Como resultado da “constitucionalização-transformação”, passa-se a se falar, assim, em “direito constitucional civil”, ideia que não parece Virgílio Afonso da Silva, entretanto, adotar (SILVA, 2014, p. 171-172). Como efeitos indiretos de tal processo, há, em primeiro lugar, a unificação da ordem jurídica, a qual se opera mediante a relativização entre direito público e direito privado e pelo fato de as normas constitucionais se tornarem, progressivamente, o fundamento dos ramos do direito, transformação esta que leva à perda de importância dos chamados “princípios gerais do direito” em favor das normas constitucionais. Em segundo lugar, tem-se a simplificação da ordem jurídica, a qual, ao colocar a Constituição como “norma de referência” do ordenamento jurídico, seu eixo se desloca da lei para a carta constitucional (SILVA, 2014, p. 48-49). Por não ser a constitucionalização do direito civil objeto de pesquisa da presente dissertação, de forma que sua menção é, ainda que indispensável, lateral, remete-se, para outras críticas às diversas acepções do conceito, a Otavio Luiz Rodrigues Junior, “Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais” (2019, p. 171-237).

produção normativa compatível com a Constituição; em relação aos intérpretes, reclama uma leitura das leis civis conforme a Constituição, reafirmando, assim, a unidade do ordenamento jurídico, composto de fontes harmônicas; mas, sobretudo, passa a exigir que a autonomia privada e as relações civis sejam revitalizadas mediante nova tábua axiológica, inaugurada pela Constituição.

Na realidade brasileira, se a Constituição Federal de 1988 consagrou a liberdade econômica e a livre iniciativa (artigo 1º, IV, da CF), não o fez de forma irrestrita; impõe-se que a livre atuação dos particulares se balize na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF), na igualdade substancial (artigo 3º, III, da CF) e na solidariedade social (artigo 3º, inciso I, da CF).

A importância do fenômeno descrito para o estudo da autonomia privada decorre do fato que a constitucionalização do direito civil não se trata, necessariamente, de redução quantitativa dos espaços da autonomia privada – vez que os ramos do direito tradicionalmente afeitos ao direito privado continuaram a ele relacionados, assim como fora mantida a liberdade dos particulares na determinação de vários de seus aspectos -, mas verdadeira transformação qualitativa desta, sem que sejam subtraídos seus poderes, titularidades ou responsabilidades (TEPEDINO, 2006b, t. 2, p. 42).

Pode-se sistematizar, assim, modificações de ordem subjetiva, objetiva e formal na autonomia privada (TEPEDINO, 2009c, t. 3, p. 14-16). Subjetivamente, a autonomia privada na realidade do direito civil-constitucional se distancia da concepção abstrata dos sujeitos de direito, tal como inicialmente proposto pelos franceses. Ao revés, a pessoa deve ser, agora, concretamente considerada, inclusive em relação às suas condições materiais e sociais, o que pode caracterizá-la como “hipossuficiente”, por exemplo, invocando-se lógica e técnica interpretativas diferenciadas.

Objetivamente, tem-se que as relações jurídicas e os interesses existenciais se sobrepõem aos puramente patrimoniais, de forma que estes últimos devem ser funcionalizados em relação aos primeiros. É relevante, pois, que os bens jurídicos – especialmente os “novos” bens jurídicos, decorrentes do avanço da cibernética e da tecnologia, tais como os dados pessoais – não sejam considerados apenas em relação a seus aspectos patrimoniais, mas com foco na tutela da pessoa humana (TEPEDINO, 2009c, t. 3, p. 15).

Destaca-se, ainda, a necessidade de se tratar a teoria contratual contemporânea sob a ótica do paradigma da essencialidade, tal como cunhado por Teresa Negreiros (2002, p. 380). Em suma, a caracterização do bem contratado como essencial, útil ou supérfluo deve ser

tomada como parâmetro para a conciliação entre os “novos” e os “velhos” princípios³² do direito contratual, de forma que a utilidade existencial do bem será critério juridicamente relevante para a avaliação das questões contratuais.

Por fim, é relevante a modificação relativa às formas dos atos jurídicos: se antes o formalismo contratual se justificava exclusivamente como medida de segurança patrimonial, a fim de proteger as transferências de patrimônio *inter vivos* e *causa mortis*, este agora passa a exercer, também, função limitadora da autonomia privada, em favor de interesses socialmente relevantes e das pessoas em situação de vulnerabilidade (TEPEDINO, 2009c, t. 3, p. 15). Cite-se, por exemplo, as exigências do Código de Defesa do Consumidor para as diversas cláusulas que possam integrar o contrato de adesão.

A autonomia privada, enfim, tal como delineada pela Constituição Federal de 1988, não é infensa aos valores constitucionais, sendo tão somente balizada por limites pontuais impostos pelo Estado; em verdade, esta é funcionalizada em relação à pessoa humana e à tábua axiológica constitucional. O próprio conteúdo das liberdades privadas garantidas pelo projeto constitucional já se reafirma na solidariedade, na igualdade substancial e na tutela da dignidade da pessoa humana. São elementos integrantes de sua substância, e não limites legais externos à liberdade, a qual seria contida pela lei (TEPEDINO, 2009b, t. 3, p. 36-37).

Feito tal panorama, tem-se demonstrado, em grandes linhas, os contornos que a autonomia privada assume atualmente na realidade constitucional brasileira, a qual não pode se desvincular dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da igualdade substancial. Assim, natural que os negócios jurídicos, instrumento por excelência de concretização da autonomia negocial, estejam sujeitos à tábua axiológica constitucional, assim como os contratos, os quais se inserem, estruturalmente, como categoria mais específica em relação aos negócios jurídicos.

2.1.2 A autonomia negocial e a teoria dos fatos jurídicos: os negócios jurídicos como instrumento da autonomia privada

O negócio jurídico assume, por meio da construção jurídica do *BGB*, o papel de categoria jurídica abstrata e significativamente mais ampla que a simples noção de “contrato”, vez que capaz de regular gama de atos mais ampla do que aquele instituto. É, inclusive, o caráter amplo do negócio jurídico que faz com que Emilio Betti o aponte como uma solução

³² Evitou-se, até o momento, a conceituação do que se entende por “princípio”; seu conteúdo e a problemática da distinção entre princípios e regras será feita em momento oportuno e em conjunto com o estudo da noção de “princípio contratual”.

de um problema prático, qual seja, o de conferir à iniciativa individual um modo de se manifestar e de se mover juridicamente (BETTI, 1969, t. 1, p. 96).

Entretanto, qualquer análise que pretenda enfrentar, ainda que brevemente, o fenômeno dos negócios jurídicos, deve contextualizá-lo, classificá-lo e inseri-lo na teoria dos fatos jurídicos. Na teoria dos fatos jurídicos, grandemente desenvolvida em solo nacional por Pontes de Miranda e, ulteriormente, por Marcos Bernardes de Mello, é mediante a incidência da norma jurídica sobre o suporte fático³³ ocorrido que se opera a “juridicização” dos fatos do mundo real, responsável pela criação de seu correspondente no mundo jurídico, qual seja, o fato jurídico. (MELLO, 2012, p. 108). Define-se, pois, como fato jurídico “o que fica do suporte fático suficiente, quando a regra jurídica incide e porque incide. [...] Fato jurídico é, pois, fato ou o complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica” (MIRANDA, 2012, t. 1, p. 148).

Tal conceito jurídico comporta, ainda, melhor classificação e individualização entre as espécies dos fatos jurídicos de acordo com os elementos nucleares (cerne)³⁴ de seu suporte fático (MELLO, 2012, p. 150). Em síntese, os elementos nucleares diferenciais para a classificação dos fatos jurídicos serão: “a) a conformidade ou não conformidade do fato jurídico com o direito, b) a presença, ou não, de ato humano volitivo no suporte fático tal como descrito hipoteticamente na norma jurídica” (MELLO, 2012, p. 150).

Em primeiro lugar, a análise da licitude ou ilicitude como a primeira grande divisão a ser feita no estudo de fato jurídico *lato sensu* é essencial para abranger o maior número de espécies do fenômeno. Há fatos que se concretizam em plena conformidade com as prescrições jurídicas, razão pela qual são classificados como lícitos; há, porém, fatos que representam violação das normas jurídicas, negando o direito, o que os caracteriza como ilícitos. Destaque-se que a ilicitude do fato não o torna, entretanto, ajurídico – tome-se, por

³³ Lembrando que, conforme lição de Marcos Bernardes de Mello, sempre baseado na obra de Pontes de Miranda, o suporte fático faz sempre referência a um fato, evento ou conduta que pode ocorrer no mundo real. É, pois, conceito do mundo dos fatos – e não do mundo jurídico -, sendo que, após sua ocorrência no plano da realidade, há a incidência da norma jurídica e fazendo surgir o fato jurídico (MELLO, 2012, p. 73). Diz-se suporte fático abstrato ou hipotético a previsão normativa do suporte fático, enquanto previsto no enunciado lógico da norma, e suporte fático concreto, quando materializado no plano da realidade (MELLO, 2012, p. 74).

³⁴ Os suportes fáticos, muito embora sejam complexos (geralmente compostos por mais de um fato), sempre possuem fatos que são determinantes e essenciais para a incidência da norma jurídica: são os elementos nucleares do suporte fático. Dentre estes, é o cerne do suporte fático que constitui o dado fático fundamental do fato jurídico, sem o qual o fato jurídico sequer existirá. São exemplos a morte, quanto à sucessão, e a vontade consciente, no ato jurídico (MELLO, 2012, p. 85). Marcos Bernardes de Mello destaca, ainda, que a classificação empreendida se vale o suporte fático hipotético, e não do concreto, razão pela qual, na prática, pouco importa a forma que os fatos apresentem em sua concreção ou o nome dado pelas partes ao fato jurídico (MELLO, 2012, p. 158).

exemplo, a existência das normas penais em geral -, razão pela qual estes também devem ser incluídos em uma classificação satisfatória dos fatos jurídicos³⁵ (MELLO, 2012, 151-155).

Em segundo lugar e após a classificação dos fatos jurídicos *lato sensu* em termos de sua licitude, o segundo dado distintivo das espécies de fato jurídico reside na presença, ou não, do elemento volitivo no cerne do suporte fático. Distingue-se, assim, entre aqueles fatos que decorrem de eventos simplesmente relacionados à natureza ou aos animais, os quais prescindem de qualquer ato humano; e aqueles em cujo cerne do suporte fático reside uma conduta humana (MELLO, 2012, p. 155-156). São esses últimos que, agora, interessam à presente dissertação.

Fazendo-se, pois, breve panorama das espécies jurídicas de acordo com o critério de classificação eleito (cerne do suporte fático abstrato) e seus elementos diferenciais, especialmente da presença ou ausência de conduta humana, tem-se a seguinte classificação:

Os fatos jurídicos *stricto sensu* são aqueles fatos jurídicos que, na composição de seu suporte fático abstrato, possuem como dado essencial apenas os fatos da natureza³⁶, independentemente de ato humano. São exemplos tradicionais o nascimento, a morte, a maioridade, a confusão, dentre outros³⁷ (MELLO, 2012, p. 165-166).

O ato-fato jurídico, por sua vez, representa uma situação de fato que, entretanto, somente pode ser resultado de uma conduta humana: a caça, a pesca, a especificação, a descoberta de tesouro, a ocupação da posse, dentre outros. Em suma, o que pretende se destacar é a relação existente entre o ato humano e o fato que dele decorre, sem que, entretanto, a vontade humana seja elemento determinante para sua ocorrência, razão pela qual a norma jurídica concebe o ato-fato como avolitivo: abstrai-se de qualquer elemento de

³⁵ Conforme elegante síntese de Marcos Bernardes de Mello (2012, p. 153), “a diferença que existe entre eles é, em essência, axiológica, nunca ontológica. E tanto é verdadeira essa observação que um fato hoje considerado (= valorado) ilícito pode, amanhã, por modificação da norma jurídica, passar a ser considerado lícito”.

³⁶ Os fatos da natureza, por sua vez, têm relevância para o direito na medida em que interferem na esfera jurídica de alguém, ampliando-a ou reduzindo-a, razão pela qual foram objeto da norma jurídica. Destaca-se o exemplo do rio que muda de curso, podendo beneficiar os donos de terrenos ribeirinhos – que adquirem a área que constituía seu álveo – e prejudicar os proprietários das terras por onde passou a correr, os quais perdem a área ocupada pelo curso de água (MELLO, 2012, p. 167).

³⁷ Com a cautela científica que lhe é peculiar, Marcos Bernardes de Mello (2012, p. 165) faz um adendo em relação a aqueles casos em que o evento que concretize o suporte fático concreto tenha ligação com um ato humano, tais como a concepção de um ser humano, a qual resulta em seu nascimento, a morte por suicídio ou a confusão provocada pelo homem. Muito embora tais fatos jurídicos *stricto sensu* tenham um ato humano em sua origem no plano da realidade, isto não altera a natureza do fato jurídico: “A morte não deixa de ser evento da natureza se provocada por ato humano; do mesmo modo o nascimento não perde a sua característica de fato natural porque houve um ato que lhe deu origem” (MELLO, 2012, p. 165). Assim, o ato humano participa, em relação aos fatos jurídicos *stricto sensu*, tão somente de forma indireta ou acidentalmente.

vontade que possa ter existido, de forma que não importa se houve ou não vontade do agente na prática do ato-fato³⁸ (MELLO, 2012, p. 168).

Já categoria dos atos jurídicos *lato sensu* traz em seu cerne, diferentemente das demais, a exteriorização consciente da vontade humana, a qual será destinada a obter um resultado juridicamente protegido, possível e não proibido pelo Direito (MELLO, 2012, p. 178). São, pois, três os requisitos que os diferenciarão dos demais fatos jurídicos:

A exteriorização da vontade é condição de possibilidade para que a vontade humana seja apreendida pelo mundo externo, podendo ser feita por simples manifestação ou declaração³⁹. Assim, para que o suporte fático dos atos jurídicos em geral seja preenchido, exige-se que a vontade exteriorizada – tal como a reserva mental –, sob pena de não composição do suporte fático, vez que impossível sua apuração por parte de outros indivíduos caso não seja exposta ao mundo (MELLO, 2012, p. 178-179).

O processo de exteriorização da vontade tem de ser, ainda, consciente, de sorte que a exteriorização da vontade tem que ser querida pelo agente (vontade de declarar ou manifestar), bem como o conteúdo de tal exteriorização tem de refletir a vontade, em si mesma, do agente:

Com efeito, para compor suporte fático suficiente de ato jurídico a exteriorização da vontade há de ser consciente, de modo que aquele a declara ou manifesta deve saber que a está declarando ou manifestando com aquele sentido próprio. Por essa razão é que um indivíduo que, comparecendo a um leilão, em localidade cujos usos desconhece, exprime, involuntariamente, gesto que signifique lance (por exemplo: acena com a cabeça para cumprimentar uma pessoa conhecida que identificou na plateia), não está, efetivamente, ofertando. A inexistência da vontade negocial, na sua manifestação, leva à inexistência do ato. (MELLO, 2012, p. 181).

Por fim, é elemento essencial para a configuração do ato jurídico que este se dirija a um objeto que seja protegido pela ordem jurídica - ou pelo menos, não proibido - e possível: é a fórmula do objeto lícito e possível. Isto pois a todo ato jurídico se confere uma atribuição específica (objeto do ato jurídico) e de cunho prático, não se justificando que se considere como ato jurídico aquele ato do qual não decorra ou não possa decorrer atribuição jurídica, a qual, por sua vez, leva à modificação nas esferas jurídicas dos interessados (MELLO, 2012, p. 183-185).

³⁸ Escapa dos limites da presente dissertação maior da análise do ato-fato jurídico, tal como sua classificação em atos reais, atos-fatos jurídicos indenizativos e atos-fatos jurídicos caducificantes. Para tanto, remete-se a Marcos Bernardes de Mello, “Teoria do fato jurídico: plano da existência” (2012, p. 168-177).

³⁹ Embora ambas sejam formas de exteriorização de vontade, a simples manifestação de vontade e a declaração são modalidades distintas de exteriorização. Se quela se exterioriza pelo mero comportamento dos indivíduos, esta representa manifestação qualificadas da vontade (MELLO, 2012, p. 179-180).

Em suma, aponta-se que a categoria dos atos jurídicos *lato sensu* é assim caracterizada por conter, no cerne de seu suporte fático, a vontade da parte ou das partes que o praticam. Tal categorização ampla dos atos jurídicos *lato sensu* permite, assim, que estes abarquem ainda duas subespécies, as quais, por sua vez, se distinguem pela possibilidade ou não de escolha de categorias jurídicas e de definição de efeitos jurídicos: são os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos.

Veja-se que ambos exprimem, como característica comum, o fato que o ato consciente de vontade integra o elemento nuclear de seu suporte fático, o que justifica sua inclusão enquanto espécies de ato jurídico *lato sensu*. Por outro lado, o traço diferencial entre as duas espécies reside no fato de que aos atos jurídicos *stricto sensu* não é permitido a escolha de categorias ou efeitos jurídicos, os quais são preestabelecidos em lei e inalteráveis pela vontade dos interessados; já os negócios jurídicos são marcados, exatamente, por outorgarem às pessoas a liberdade para autorregrem seus interesses, o qual se dá mediante escolha de categorias jurídicas e conteúdo eficaz dos negócios que melhor se ajustem à sua conveniência (MELLO, 2012, p. 188-190).

Exemplifica-se: ao fixar sua residência com ânimo definitivo, a vontade manifestada pelo agente é recepcionada pelo ordenamento jurídico com a fixação de domicílio da pessoa (art. 70 do Código Civil), posto que a vontade compõe o suporte fático de um ato jurídico *stricto sensu*. Não pode, pois, sustentar que embora seja sua residência definitiva, o local não será seu domicílio, vez que a natureza de ato jurídico *stricto sensu* da fixação de residência não atribui à vontade de agente o poder de definir os efeitos jurídicos relativos à sua ocorrência (MELLO, 2012, p. 198).

Tratamento distinto é aquele afeito aos negócios jurídicos, categoria de maior interesse para a presente exposição. Conforme já exposto, a construção pandectística do *BGB* concebeu o negócio jurídico como instrumento excepcionalmente abstrato, atendendo tanto às exigências da boa técnica jurídica, a fim de abranger o maior número de atos negociais o possível, como as do voluntarismo e individualismo característicos da época.

Destaca-se, desde já, que a concepção atual dos negócios jurídicos não mais reflete a sua versão clássica; da mesma forma que a autonomia da vontade caiu em desuso com a evolução da ciência jurídica, o mesmo se sucedeu com a aceção voluntarista dos negócios jurídicos, a qual defendia que a declaração da vontade negocial constituiria o próprio negócio jurídico (MELLO, 2012, p. 204).

Na esteira da distinção ponteaniana entre os mundos real e jurídico, é incorreto sustentar que a vontade constituiria o negócio jurídico, posto que, em primeiro lugar, a categoria dos

negócios jurídicos – tal como as esferas de liberdade conferidas à autonomia privada – somente existirão, juridicamente, caso reconhecidas pelo ordenamento; em segundo lugar, se prevista a categoria dos negócios jurídicos em dado ordenamento jurídico, a exteriorização consciente da vontade somente os criará mediante a incidência da norma jurídica sobre o suporte fáctico concreto. Assim, na hipótese de ausência de previsão normativa, a vontade não é, em si mesma, negócio jurídico, mas mero fato ajurídico (MELLO, 2012, p. 207-208).

Pela mesma razão, eventual manifestação da vontade em matérias nas quais o Direito não reconheça a autonomia – tal como ocorreu, durante séculos, com a ciência do Direito Processual Civil – resultará em sua ineficácia, posto que o ordenamento jurídico não reconhecerá que tal manifestação resultará em um negócio jurídico, vez que ausente suporte fáctico abstrato neste sentido (MELLO, 2012, p. 221).

Ademais, também já fora exposto que a autonomia privada encontra no ordenamento jurídico seus limites. Daí decorre, também, que efeitos não sejam legalmente previstos não serão admitidos enquanto fato jurídico, devendo-se, portanto, respeitar os limites traçados pelo sistema jurídico em matéria de autorregulação dos interesses particulares:

Concluindo: não há efeito jurídico *ex voluntate*. Todos são *ex lege* no sentido de que sempre decorrem de imputação feita aos fatos, inclusive atos, pelas normas jurídicas. Assim, no negócio jurídico a vontade não cria efeitos, porque estes são definidos pelo ordenamento; apenas, dentro de uma amplitude variável, as normas jurídicas concedem às pessoas certo poder de escolha da categoria jurídica. (MELLO, 2012, p. 218)

Em suma, a concepção atual de negócio jurídico não mais reflete sua construção clássica, a qual reconhecia a vontade como sua fonte criadora imediata. Em verdade, a vontade só é relevante enquanto componente do suporte fáctico abstrato dos negócios jurídicos, sendo que seus efeitos serão, igualmente, reconhecidos e limites traçados pelo ordenamento jurídico (MELLO, 2012, p. 222).

Há ainda autores, tais como Hans Kelsen, que reconhecem natureza normativa aos negócios jurídicos, posto que seriam normas jurídicas individuais, ou seja, aplicáveis aos particulares que os celebraram. A tal concepção se denomina normativismo (MELLO, 2012, 222-223). Entretanto, nos mesmos termos das objeções já feitas à concepção voluntarista dos negócios jurídicos, estes são tão somente fatos jurídicos, os quais, por sua vez, decorrem da incidência normativa sobre o suporte fáctico concreto.

Assim, mesmo que os negócios jurídicos aparentem criar normas jurídicas aplicáveis a determinada relação jurídica existente entre particulares, o referido negócio somente estará, em verdade, aplicando normas jurídicas já existentes no ordenamento, as quais reconheceram

as esferas de liberdade agora exercitadas pelos indivíduos que participaram do negócio. Tanto o é, que é defeso aos particulares firmarem negócio jurídico proibido ou não permitido pelo ordenamento jurídico, o que não se sustentaria caso os negócios jurídicos efetivamente fossem normas particulares (MELLO, 2012, p. 222-224).

Ante a todo o exposto, Marcos Bernardes de Mello conclui que o negócio jurídico:

é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico. (MELLO, 2012, p. 225)

É de importante menção, ainda, a definição de Antônio Junqueira de Azevedo sobre os negócios jurídicos, a qual aponta se tratar de espécie de fato jurídico ao qual o ordenamento jurídico atribui os efeitos apontados como queridos pelos agentes, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia⁴⁰ impostos pelo ordenamento (AZEVEDO, 2002b, p. 16).

Veja-se, pelo quanto exposto, que as ideias de autorregramento ou autodeterminação que permeiam a autonomia privada encontram seu maior paralelo, dentro da teoria dos fatos jurídicos, nos negócios jurídicos, cujo conteúdo pode ser livremente determinado pelas partes. Estes últimos são, portanto, instrumento de realização da autonomia negocial nos ordenamentos jurídicos que o adotam, de sorte não é possível tratar de um sem se referenciar ao outro. Ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, os negócios jurídicos foram expressamente admitidos na Parte Geral do Código Civil (arts. 104 a 114 do Código Civil), de sorte que são categoria subjacente a todo e qualquer contrato ou convenção que venham a ser celebrados.

⁴⁰ Pontes de Miranda descreveu o mundo jurídico como dividido em três planos: o da existência, o da validade e o da eficácia. Em breve síntese, tem-se que no plano da existência entram todos os fatos jurídicos, independentemente de sua qualificação, vez que estes surgem com a incidência da norma jurídica juridicante sobre o suporte fático concreto. No plano da validade, por sua vez, somente são admitidos os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos, posto que, em se tratando de espécies de fato jurídico que contêm o elemento “vontade humana” em seu suporte fático, são os únicos sujeitos à apreciação da validade, diante da necessidade de triagem entre as exteriorizações da vontade perfeitas e aquelas que são eivadas de defeito invalidante. Por fim, no plano da eficácia são admitidos, novamente, todos os fatos jurídicos *lato sensu* aptos a produzir efeitos, tais como os anuláveis e ilícitos e, quando a lei expressamente lhe atribuir algum efeito, também os nulos (MELLO, 2012, p. 133-139).

2.2 A autonomia privada no direito processual civil: da supressão à reconquista de espaços perdidos

2.2.1 O processo civil nos modelos adversarial e inquisitivo/inquisitorial

Tal qual o direito privado europeu, o direito processual civil sofreu significativas mudanças ao longo dos últimos séculos, sendo que várias destas encontram paralelo naquelas mudanças sentidas no direito civil. É por tal razão que, como se verá, aqui se optou por falar em “supressão” e “reconquista” das esferas de influência da autonomia privada no direito processual civil, vez que estas se deram, em grande medida, em decorrência do contexto histórico e cultural em que estavam inseridas.

Embora não caiba aqui uma exposição exaustiva da evolução do direito processual civil na realidade europeia, é relevante que, para fins de manter simetria em relação aos acontecimentos que perfilaram o direito privado ao longo dos séculos XIX e XX, parta-se a presente análise das modificações do sistema processual adotado na França no pós-Revolução Francesa.

Concomitantemente ao do Código Civil Francês de 1804, editou-se na França o Código de Processo Civil de 1806 e Lei de Organização Judiciária de 1810, os quais redimensionaram o ordenamento judiciário francês. Tal Código não refletia, entretanto, verdadeira preocupação científica em relação ao direito processual⁴¹, sendo obra de cunho prático, mas que trazia avanços técnicos em relação às técnicas anteriores (NUNES, 2012, p. 72).

De certa forma, identifica-se que a administração da justiça na França pós-revolução refletia, em muito, aqueles ideais que também orientavam o *laissez-faire, laissez-passer* econômico da época, em muito como reação ao Estado absolutista que precedeu o movimento revolucionário. No campo das transações econômicas, já se expôs que os ideais burgueses de liberdade, segurança e previsibilidade nos negócios celebrados exigiu a colocação da propriedade privada como centro do Código Civil Francês de 1804, sendo a figura do contrato uma das principais formas de transferência de tal propriedade; já no campo processual, a ideia

⁴¹ É importante apontar que o direito processual civil não fora, ao longo de toda sua história, sempre identificado como ramo autônomo da ciência jurídica. Em sua “pré-história”, à qual se denomina fase do praxismo ou sincretismo, o direito processual civil era identificado como mero apêndice do direito material, ou seja, um direito meramente “adjetivo” e subordinado como instrumento do direito “substantivo” (material) (MITIDIERO, 2015, p. 29).

de justiça passou a se manifestar pela segurança e previsibilidade dos provimentos judiciais, o que levou à estrita vinculação do juiz à letra da lei⁴² (RAATZ, 2016, p. 59).

O direito processual civil liberal é marcado, ainda, pela igualdade formal dos litigantes, de forma que era defeso ao Estado compensar as desigualdades entre os indivíduos no processo, sendo estes tratados como titulares de direitos processuais equivalentes (NUNES, 2012, p. 73-75).

É no controle da iniciativa processual pelas partes, porém, que se situará um dos principais traços caracterizadores do modelo adversarial do direito processual civil⁴³. Mediante a transposição da autonomia pessoal dos indivíduos para a administração da justiça, concebia-se o processo como ambiente deixado à sorte do exercício do livre jogo de forças dos indivíduos, aos quais era lícito a conformação do procedimento e a delimitação do substrato fático posto para julgamento (BARREIROS, 2013, p. 100-101). O processo civil devia ser compreendido como mera continuação de outros meios de relações privadas (RAATZ, 2016, p. 60):

No processo se manifestava, portanto, a total autonomia e a total liberdade das partes, as quais deveriam ter ingerência sobre todos os instrumentos processuais suficientes para desenvolver, por iniciativa própria, uma competição individual que se dava frente ao juiz, o qual fazia o papel de um verdadeiro árbitro, cuja função era somente a de assegurar o respeito às regras do embate.

A configuração de um processo integralmente remetido à autônoma iniciativa individual dos particulares, e no qual a intervenção do juiz como *longa manus* do Estado era reduzida ao mínimo, respondia à concepção

⁴² Não é por outra razão que a chamada Escola da Exegese ganhou tamanha força na França durante o mesmo período. Diante da panaceia codificadora francesa do século XIX, identificou-se na lei o monopólio da manifestação do direito, de sorte que aos juízes não competia o poder de criação do direito – competência exclusiva do Poder Legislativo –, mas tão somente o poder de sua aplicação na qualidade de “boca da lei”, em expressão consagrada por Montesquieu, limitando-se a interpretação da lei à exegese dos textos positivados (HESPANHA, 2012, p. 401-404).

⁴³ Tais “modelos processuais” são, em verdade, abstrações referentes às características de um dado regramento processual (BARREIROS, 2013, p. 66), os quais tradicionalmente se enquadravam nos modelos “adversarial” ou “inquisitivo” de processo, a depender da forma em que se opere a “divisão do trabalho”, sobretudo dos poderes, entre as partes e o juiz (BARREIROS, 2013, p. 69). A difusão da divisão entre os dois modelos clássicos de processo civil, os *adversarial and inquisitorial systems* se deu, em grande medida, pela obra de Mirjan Damaška, “*The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*” (1986), na qual aponta que, no modelo adversarial, o processo seria caracterizado como verdadeira disputa e embate entre as partes, as quais seriam encarregadas de tomar a maior parte dos atos procedimentais; o papel do juiz seria tão somente o de prolação de sentença ao final do embate, mantendo, entretanto, uma postura passiva durante o processo. Por outro lado, seria o juiz o maior protagonista do modelo inquisitorial, o qual teria atuação ativa e praticaria a maioria dos atos procedimentais (DAMAŠKA, 1986, p. 30). Em suma, o problema da divisão dos trabalhos entre juiz e as partes se resume, em grandes linhas, em conferir maior relevância ao papel do órgão judicial ou ao dos litigantes no processo, a qual envolve questões tais como a da delimitação do objeto do litígio, do impulso processual, dentre outros (MOREIRA, 1989, p. 35). Entretanto, conforme já clássica lição de Carlos Barbosa Moreira, não existem, na realidade jurídica, modelos “quimicamente puros” de processo, integralmente adversariais ou inquisitoriais. Em verdade, a classificação de dado ordenamento jurídico conforme um ou outro modelo decorre da predominância de traços característicos de dado modelo em um ordenamento processual específico, e não da presença de traços exclusivos de um único modelo (MOREIRA, 2004, p. 214).

burguesa e protoliberal das relações jurídicas. Trata-se da consagração da ideologia liberal-burguesa no processo civil. As partes eram, desse modo, quase que “donas do processo” (o processo era coisa das partes) em um duplo sentido: eram donas do objeto e do próprio processo (RAATZ, 2016, p. 62-63).

Consequentemente, em um modelo processual adversarial, no qual os poderes dos litigantes são inflados a ponto de ser o processo identificado como coisa das partes (*Sache der Parteien*), os poderes do juiz são, em uma relação inversamente proporcional, esvaziados. Além de mero aplicador da literalidade da lei, passa a ser portador de uma passividade e neutralidades inerentes ao ofício judicial, devendo aguardar o conjunto probatório fornecido pelas partes e, por fim, decidir de acordo com os ditames da Escola da Exegese, subsumindo, mediante operações lógico-formais, a hipótese fática à norma abstrata (BARREIROS, 2013, p. 99-100).

Como já apontado em relação ao processo evolutivo do direito privado, o próprio trunfo do liberalismo econômico fora a razão que motivou a necessidade de reformas na legislação e no Estado como um todo, como forma de se lidar com consequente recrudescimento das desigualdades sociais. Em relação ao direito processual civil, o modelo adversarial apresentou as condições para que, tal qual na seara econômica, as partes tecnicamente mais amparadas dominassem, também, o campo litigioso.

Assim, em reação ao liberalismo clássico até então predominante, o Estado Social⁴⁴ se apresenta como verdadeira “solução de compromisso” entre a classe burguesa e o proletariado como um todo, cada vez mais subjugado pela exploração econômica do incipiente capitalismo.

No direito processual civil, as influências do maior intervencionismo estatal também foram sentidas, agora em sentido diametralmente oposto ao seguido pelo Estado Liberal. Autores tais como Anton Menger sustentaram a necessidade de se operarem mudanças profundas no sistema de administração civil, inclusive atribuindo aos juízes um duplo papel: extraprocessualmente, o papel de educador, cabendo-lhe a instrução e orientação de todos os cidadãos acerca do direito vigente, a fim de auxiliá-los na defesa de seus direitos; e, endoprocessualmente, o de representação dos mais pobres, compensando os *déficits* de

⁴⁴ A noção de “Estado Social” não deve ser confundida com a de “Estado Socialista”, notadamente por não representar aquele uma ruptura revolucionária com a já estabelecida ordem econômica capitalista e suas correspondentes superestruturas, mas tão somente uma “compatibilização” entre os direitos burgueses e as reivindicações do proletariado, notadamente os direitos sociais. A via reformista adotada, cujo ápice é representado pelo dito Estado Social, “que busca realmente, como Estado de coordenação e colaboração, amortecer a luta de classes e promover, entre os homens, a justiça social, a paz econômica” (BONAVIDES, 2007, p. 183-187).

igualdade material existentes entre as partes, de forma estabelecer equilíbrio processual entre estas (NUNES, 2012. p. 80-81).

A obra de Menger influenciou, decisivamente, o jurista Franz Klein, seu aluno e grande responsável pelo Código de Processo Civil Austríaco de 1895 (ÖZPO), o qual era largamente caracterizado pela limitação das liberdades das partes por meio da atribuição, ao juiz, do papel de “senhor do juízo” (NUNES, 2012, p. 81).

Klein concebia, ainda, que todo litígio individual seria, em última análise, um conflito social (BARREIROS, 2013, p. 118), razão pela qual compreendia o processo como uma “instituição estatal de bem-estar social” destinada à pacificação social, razão pela qual se justificava a atuação mais efetiva do Estado em todas as suas fases (NUNES, 2012, p. 83). Cristalizou, ainda, dispositivos com influência direta da obra de Anton Menger, tal como o § 432 da ÖZPO, o qual possibilitava ao juiz a possibilidade de instruir e aconselhar as partes ignorantes ou não assistidas por advogados acerca das consequências de seus atos ou omissões (RAATZ, 2016, p. 80).

O modelo inquisitivo ou inquisitorial⁴⁵ descreve, assim, uma divisão do “trabalho” com foco na ampliação dos poderes do juiz em detrimento daqueles conferidos às partes, o qual, diferentemente do juiz passivo e neutro do modelo adversarial, será verdadeiro gestor do processo, dotado de ampliados poderes e de iniciativa judicial (BARREIROS, 2013, p. 133). Dentre tais poderes, além do impulso oficial, fixação de prazos e direção material e formal do procedimento, destacam-se aqueles referentes à instrução probatória, anteriormente conferido exclusivamente às partes:

A marca diferenciadora desse modelo está vinculada, sobretudo, à tarefa de descoberta da verdade, ou seja, à instrução probatória.

Aqui, a prova é meio de demonstração e de conhecimento da verdade dos fatos, premissa indispensável para a prolação de uma decisão justa. A atividade probatória deixa de ser assunto exclusivo das partes e passa a se submeter ao domínio judicial, o que exige do juiz a adoção de uma postura mais atuante no processo. (BARREIROS, 2013, p. 134)

Paralelamente a tais mudanças, o direito processual civil adquiria, finalmente, sua autonomia científica, em muito por força das obras de Oskar von Bülow, com fundamento nas quais se fundou a escola publicista do processo (CABRAL, 2020, p. 123). A identificação da publicização do processo como “a história ideal do direito processual” reflete, em muito, o clima de superação do individualismo e liberalismo clássicos, de forma que este deveria

⁴⁵ Lorena Miranda Santos Barreiros aponta, com fundamento nas críticas tecidas por Michele Taruffo, que tal terminologia remete à Santa Inquisição da Idade Média, caracterizada pela ausência do direito de defesa, o que, absolutamente, não é traço característico do modelo processual inquisitorial (BARREIROS, 2013, p. 119).

representar o exercício de uma função pública e soberana do Estado. Refletiria, em última instância, os escopos deste mesmo Estado, tal como a realização do interesse público e a administração da justiça, sendo um instrumento estatal posto à disposição dos particulares para a atuação da lei (RAATZ, 2016, p. 76-77).

Bülow, além de grande responsável por atribuir visão científica ao direito processual civil, tem ainda o mérito de ter separado as relações jurídicas substanciais das relações jurídicas processuais, rompendo com a rotulagem do direito processual enquanto “direito adjetivo”. Em verdade, a relação processual seria uma relação de direito público e estabelecida entre os indivíduos e o Estado (RAATZ, 2016, p. 82-83), a qual se sujeitará a requisitos de existência e validade próprios.

É em tal contexto de publicização e descoberta da autonomia do direito processual civil que Oskar von Bülow sustenta a inadmissibilidade dos acordos processuais, justificando que, em se tratando de uma relação jurídica de direito público, seria defeso às partes convencionarem sobre os poderes do Estado-juiz (CABRAL, 2020, p. 124). As fontes normativas do direito processual seriam, ainda, tão somente a legislação processual, dotada de cogência e imperatividade absolutas⁴⁶, de forma que se admitir a convencionalidade processual representaria verdadeira usurpação das normas processuais pelos particulares (CABRAL, 2020, p. 137).

O contínuo superdimensionamento do publicismo acarretou, eventualmente, no que passou a se denominar “hiperpublicismo”, caracterizado pela inflação desmedida dos poderes atribuídos ao juiz em detrimento daqueles das partes, efetivamente sufocando suas prerrogativas (CABRAL, 2020, p. 170).

Naturalmente, os reflexos de tal concepção do direito processual, ao serem sentidos na Europa, também, ressoaram no Brasil. Em relação à supressão da autonomia das partes no processo, aponta-se, como exemplo, o fato de Enrico Tullio Liebman, um dos processualistas italianos de maior influência na experiência jurídica brasileira, ser frontalmente contrário à categoria dos negócios processuais (CABRAL, 2020, p. 129) ou, ainda, de que a doutrina brasileira restou praticamente silente sobre o tema durante o século (CABRAL, 2020, p. 157).

⁴⁶ As leis de ordem pública – não obstante a larga indefinição conceitual do que vem a ser, propriamente, “ordem pública” –, sejam de direito público ou de direito privado, são caracterizadas largamente como normas que ordenam ou proíbem de forma absolutamente imperativa, ou seja, sem admitir relativizações ou derrogações pela autonomia privada, com fundamento na justificativa de que certas relações e estados da vida social não podem ser deixados ao arbítrio dos indivíduos, sob pena de possível prejuízo à ordem social abstratamente considerada (TELLES JÚNIOR, 2008, p. 226-227). As normas processuais, por serem compreendidas como de ordem pública – diante da necessidade de se observar o interesse público –, seriam, portanto, obrigatórias e inderrogáveis pela vontade das partes (CABRAL, 2020, 131).

Frise-se, contudo, que o CPC/73 não desconsiderava, em sua totalidade, a vontade das partes no processo. Previa, assim, algumas hipóteses típicas de negócios jurídicos processuais relativos a normas não cogentes, tais como a eleição de foro (art. 111 do CPC/73) e a suspensão convencional do processo (art. 265, II, do CPC/73), muito embora fosse refratário à existência de um modelo de negociação processual genérico (GAJARDONI, 2015, p. 613), ou seja, atípico, tal como o faz o art. 190 do CPC.

Em tal contexto, Fernando da Fonseca Gajardoni (2007, p. 235-236), antes da edição do CPC atual, já sustentava a inviabilidade de se tratar todas as regras procedimentais como cogentes, afirmando a incompatibilidade de tal tese com a instrumentalidade processual e com o princípio constitucional da liberdade. Não é, por outra razão, que, ao tratar sobre o tema da flexibilidade procedimental voluntária, sugeria, de *lege ferenda*, a necessidade de ampliação das hipóteses de negociação acerca dos prazos processuais:

Seria interessante, de *lege ferenda*, ampliar a possibilidade das partes celebrarem negócios jurídico processual quanto ao prazo processual. Se aos litigantes interessa, precipuamente, a resolução do conflito, parece-me que devem ter eles autonomia, também, para consensualmente estabelecer o curso do procedimento ou de parcela dele, nos moldes do que já ocorre em sede arbitral (art. 21 da Lei de Arbitragem). (GAJARDONI, 2007, p 242)

Todavia, diante do breve cenário evolutivo apresentado, constata-se, de uma forma geral, que a reação dos processualistas ao modelo adversarial de processo levou, por sua vez, à criação de um modelo marcado por diversos excessos no sentido oposto, esvaziando, paulatinamente, a liberdade e autonomia das partes no direito processual, o que resultou, por alguns setores da processualística, na defesa da existência de um suposto dogma da irrelevância da vontade⁴⁷ no direito processual civil.

2.2.2 Os desafios de um processo civil adequado ao Estado Democrático de Direito: o modelo cooperativo de processo e os negócios jurídicos processuais como expressão da autonomia privada

As tensões existentes entre o privatismo e o publicismo processual demonstram que, ao longo de sua evolução, o delineamento do direito processual sempre transitou entre

⁴⁷ Em síntese, o dogma da irrelevância da vontade das partes fora construído sob a premissa de que a vontade das partes não exerceria qualquer influência na produção dos atos processuais em geral, cujo sentido juridicamente relevante seria objetivo (CUNHA, 2016, v. 1, p. 50), ou seja, decorrente de expressa previsão legal e não do autorregramento da vontade das partes. Assim, em autêntica aplicação da noção de ato jurídico *stricto sensu*, os efeitos decorrentes da prática dos atos processuais não seriam moldáveis ou modificáveis pelas partes, mas seriam, exclusivamente, aqueles previstos em lei, cabendo à parte tão somente a faculdade de exercê-lo ou não. Tal dogma, que também decorria da tentativa inflexível de separação entre direito processual e material, resultou também na concepção de que a segurança jurídica processual somente seria garantida pela prevalência da forma em detrimento da vontade, o que acabou por obstar a construção de uma adequada teoria sobre os atos processuais em geral (CUNHA, 2016, v. 1, p. 50-51).

extremos, sendo reflexo do contexto histórico-cultural em que estava inserido: ora o processo era compreendido como coisa das partes, exigindo-se passividade judicial e a consagração do não-intervencionismo estatal, ora era caracterizado pela inflação dos poderes judiciais e consequente esvaziamento das liberdades das partes, tudo sob a justificativa de tutela do “interesse público” ou motivado pelo escopo estatal de pacificação social.

O Estado Democrático de Direito⁴⁸, entretanto, exige um modelo próprio de processo. Busca equilíbrio entre o publicismo e o privatismo processual, de sorte que não mais se fala em predomínio do interesse público sobre o privado ou vice-versa (RAATZ, 2016, p. 88). Tal qual o direito civil em uma perspectiva constitucional, a tábua de valores constitucionais também se faz sentir no processo, de sorte que este deve se estruturar de acordo com tais valores e com o respeito aos direitos fundamentais⁴⁹ (MITIDIERO, 2015, p. 50).

Com fundamento na cooriginariedade entre as autonomias privada e pública⁵⁰, o processo deve ser compreendido como “coisa das partes e do juiz”, configurando um espaço democrático no qual as partes devem ser reconhecidas como partícipes tanto na formação dos provimentos jurisdicionais – ou seja, o contraditório tem de ser compreendido como garantia de efetiva influência no desenvolvimento e resultado do processo, de forma que todas as partes potencialmente atingidas pelo julgamento da causa devem ter o direito de contribuir, crítica e construtivamente, com a formação da decisão judicial (NUNES, 2012, p. 227) – quanto que na formação do procedimento (RAATZ, 2016, p. 97-98).

⁴⁸ Embora a discussão sobre o conteúdo do que viria a compor a noção de “Estado Democrático de Direito” escape aos objetivos da presente dissertação, é importante apontar, ainda que brevemente, alguns de seus traços característicos. Muito além de ser mera versão “melhorada” do Estado social, o Estado Democrático de Direito não se limita a melhorar as condições sociais de existência dos indivíduos, mas busca, também, a concretização do ideal de democracia mediante a participação pública na construção de um projeto de sociedade. Apresenta, ainda, como algumas de suas características: a legalidade e a constitucionalidade, como forma de garantia e segurança jurídicas face ao arbítrio; a divisão dos poderes; a organização democrática da sociedade; a previsão de um sistema de direitos fundamentais o qual, além de serem destinados a assegurar a autonomia dos indivíduos perante ao Estado, indicam o empenho deste na garantia da dignidade humana, da liberdade, da justiça e da solidariedade; e a igualdade e a justiça social, como formas de correção das desigualdades materiais e de articulação de uma sociedade justa. A noção de Estado “Democrático” representa, pois, um acréscimo normativo em relação aos modelos de Estado anteriores, sendo dever do Estado, agora, a transformação da sociedade mediante a promoção de uma série de valores fundamentais, e não mais a mera garantia da ordem estabelecida (STRECK; MORAIS, 2014, p. 98-101).

⁴⁹ Não é por outra razão que o artigo 1º do CPC, ao inaugurar o rol de normas fundamentais do Código, dita que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código” (BRASIL, 2015). Assim como no Direito Civil, a realidade constitucional brasileira “é o pano de fundo que alimenta toda a interpretação e aplicação do processo civil atual” (MITIDIERO, 2015, p. 50).

⁵⁰ A noção de “autonomia pública”, tal como apresentada por Igor Raatz em uma perspectiva habermasiana, diz respeito ao reconhecimento de uma outra classes de direitos de cidadania relacionados ao exercício da autonomia. Isto pois a legitimidade do direito produzido não se exaure ou justifica, tão somente, no exercício de direitos subjetivos pelos particulares, mas pressupõe que a própria formação deste direito se dê em uma perspectiva discursiva, na qual os cidadãos são verdadeiros agentes e participantes de sua criação. Tal imbricamento entre as autonomias privada e pública democratiza o espaço público, de forma que os próprios cidadãos passam a ser, também, autores do direito (RAATZ, 2016, p. 86-88).

Destaca-se, aqui, duas mudanças paradigmáticas no direito processual: a opção por um modelo cooperativo de processo e a consagração da figura dos negócios jurídicos processuais. Ambas representam um sopro de renovação para a autonomia das partes em meio ao direito processual, as quais foram sendo paulatinamente reduzidas com a crescente hiperpublicização processual.

O modelo cooperativo de processo, também consagrado enquanto princípio no artigo 6º do CPC, se trata de terceira via entre os tradicionais modelos adversarial e inquisitorial de processo. Busca, assim a construção de uma “comunidade de trabalho”, a qual deve afastar qualquer protagonismo dos atores processuais e se estruturar “a partir do modelo constitucional de processo, induzindo a convivência de poderes diretivos e gerenciais do juiz com uma renovada autonomia privada das partes e dos advogados” (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2016, p. 88 e 98).

Caracterizando o modelo de juiz proposto para o modelo cooperativo e processo como isonômico na condução do processo e assimétrico na tomada de decisões, aponta Daniel Mitidiero que:

A isonomia está em que, embora dirija processual e materialmente o processo, agindo ativamente, o juiz o faz em permanente diálogo com as partes, colhendo as suas impressões a respeito dos eventuais rumos a serem tomados no processo, possibilitando que essas dele participem, influenciando-o a respeito de suas possíveis decisões [...] Toda a condução do processo dá-se com a observância, inclusive em relação ao próprio juiz, do contraditório – o juiz nessa linha é igualmente um dos seus sujeitos. (MITIDIERO, 2015, p. 65-66)

Vê-se que, em contraposição ao modelo inquisitorial de processo, a renovada atuação das partes no processo representa a consagração do ideal de participação democrática na construção dos provimentos judiciais, os quais não mais podem ser obra de um Poder Judiciário solipsista e paternalista.

Lorena Miranda Santos Barreiros aponta que, na doutrina portuguesa, grande fonte de inspiração para o modelo cooperativo brasileiro, sistematiza, ainda, seis deveres decorrentes do princípio da cooperação, os quais passam a existir entre as partes e o juiz: os deveres de esclarecimento, de prevenção, de consulta e de auxílio. Assim, é dever do órgão jurisdicional consultar e solicitar esclarecimentos das partes quando pairar dúvidas sobre seus pedidos ou alegações (dever de esclarecimento), bem como é dever do juiz prevenir as partes sobre eventuais defeitos, vícios ou insuficiências de seus pedidos, sempre que estes possam levar à frustração da demanda da parte por uso inadequado do processo (dever de prevenção) (BARREIROS, 2013, p. 198).

Cabe, ainda, ao juiz dar oportunidade às partes para se manifestarem sobre eventual matéria fática ou jurídica que não tenham tido oportunidade de se manifestar, como forma de vedação às “decisões-surpresa” (dever de consulta), além de auxiliar as partes na remoção das dificuldades existentes para as partes no cumprimento de seus ônus ou deveres processuais (dever de auxílio) (BARREIROS, 2013, p. 198). Fica evidente que o exercício da função jurisdicional, hoje, se pauta no constante diálogo entre as partes e o juiz da causa, a fim de se remover eventuais entraves técnicos superáveis, como, por exemplo, a falta de clareza de um pedido formulado, os quais tradicionalmente acarretariam no indeferimento do pleito.

O referido modelo e os respectivos deveres de cooperação são refletidos ao longo de todo o CPC. Cite-se, a título de exemplo, a previsão da vedação às decisões-surpresa (artigo 10º do CPC) no rol de normas fundamentais do CPC; a previsão de que, constatados vícios na petição apresentada pelo autor em desconformidade com os requisitos dos artigos 319 e 320 do CPC, ao juiz somente será lícito o indeferimento da inicial caso, iniciado o diálogo e determinada de forma precisa a emenda da inicial (MITIDIERO, 2015, p. 113), com indicação do vícios que precisam ser sanados, a parte restar inerte; ou, por fim, a disposição expressa de que, na fase saneadora do processo, a delimitação consensual das questões de matéria fática sobre as quais recairá a atividade probatória e das questões de direito relevantes para a decisão do mérito (artigo 357, incisos I e II e §2º) (MITIDIERO, 2015, p. 124).

Paralelamente, o CPC consagra, ainda, a figura dos negócios jurídicos processuais (artigo 190 do CPC), a qual representa, conforme Didier Jr., a mais importante expressão do princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil (DIDIER JR., 2016, p. 37). O que importa destacar, por hora, é que, assim como as esferas de atuação da autonomia privada no direito processual foram injustificadamente limitadas pela publicização do processo (RAATZ, 2016, p. 126), hoje se reconhece que tal redução de espaços de autonomia se deu pela conformação conferida pelo Estado social ao fenômeno processual, não sendo, pois, furto de uma suposta incompatibilidade do direito público com o fenômeno negocial.

Assim, a supressão da negociação processual reflete os excessos de um contexto científico específico do direito processual, no qual se lutava pelo reconhecimento da autonomia científica de tal ramo do direito. Entretanto, hoje se compreende tal supressão como indevida, razão pela qual não se fala em “descoberta” ou “criação” da autonomia privada no direito processual, mas, sim, em sua reconquista:

Essa conquista de dignidade normativa à autonomia privada no processo não significa privatizá-lo. Trata-se, unicamente, de reconquistar territórios que, diante do exagero da publicização (estatalização) do processo tenham sido perdidos, retirando-se do Estado essa condição de protagonismo na

estruturação do processo, de modo a substituí-la, na linha habermasiana, por procedimentos e mecanismos que permitam aos indivíduos regular, em primeira pessoa, seus interesses. (RAATZ, 2016, p. 188)

Na esteira do quanto já exposto, a autonomia privada é juridicizada pela categoria dos negócios jurídicos. Assim, para que seja também operável na realidade processual, a “reconquista” das esferas de liberdade da autonomia privada exige, correspondentemente, sua previsão normativa e a criação do correspondente suporte fáctico abstrato, sem o qual a negociação processual não adentrará no mundo jurídico. Se não há o reconhecimento do poder de autorregulação dos interesses dos particulares em relação a dada área de atuação, a manifestação de vontade não será negocialmente suficiente ou eficiente (MELLO, 2012, p. 219).

Cumprida essa função a cláusula geral de negociação processual atípica prevista no artigo 190⁵¹ do CPC, a qual assume o papel de “norma de habilitação”, ou seja, norma que justifica que os particulares efetivamente possam derogar, por meio da convencionalidade, a norma legislada, a qual passará a ter aplicação subsidiária na ausência de disposição das partes (CABRAL, 2020, p. 183-184). Ademais, sua previsão expressa enquanto cláusula geral traz, ainda, a vantagem de encerrar o debate acerca da possibilidade de celebração ou não dos negócios jurídicos processuais, além de não limitar a atuação dos particulares aos acordos tipicamente previstos no CPC (CABRAL, 2020, p. 184-185).

Ante a tudo o exposto, conclui-se que o modelo de processo adequado ao Estado Democrático de Direito deve, necessariamente, superar o hiperpublicismo cujas raízes se encontram no Estado social e sua concepção do Direito Processual. A este deve corresponder um modelo processual o qual, longe de reeditar os protagonismos já experimentados pelos modelos adversarial e inquisitorial, deve editar um modelo equilibrado entre as posições dos participantes do processo (RAATZ, 2016, p. 190).

Por um lado, essa divisão mais equilibrada dos poderes processuais deve objetivar a edificação de uma verdadeira “comunidade de trabalho” (*Arbeitsgemeinschaft*), a qual repudia protagonismos em favor de um modelo processual policêntrico, fundado no diálogo entre as partes e o juiz e no contraditório como garantia de influência (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2016, p. 96-99). Se trata do modelo cooperativo de processo.

⁵¹ “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.” (BRASIL, 2015)

Por outro, tem-se a reconquista de esferas de liberdade outrora suprimidas da autonomia privada; reconhece-se que o direito processual civil no Estado Democrático de Direito deve, dentre seus fundamentos, incluir a autonomia privada, vez que esta representa dimensão inegável da dignidade da pessoa humana (RAATZ, 2016, p. 186). Amplia-se, assim, o feitiço democrático do direito processual civil, na medida em que, além de participarem e influírem na construção dos provimentos judiciais, as partes agora tem a liberdade de conformar e construir o procedimento que melhor atenda a seus interesses no processo (RAATZ, 2016, p. 188), os quais não mais podem ser ignorados.

2.3 A cláusula geral de negociação processual atípica do art. 190 do CPC: requisitos e controle de sua validade

Como visto anteriormente, a cláusula geral de convencionalidade processual positiva no art. 190 do CPC constitui verdadeira norma de habilitação que confere às partes, em um contexto amplo, o poder de efetiva derrogação da norma legislada em favor da convencionalidade (CABRAL, 2020, p. 183-184). As repercussões de tal dispositivo na sistemática do CPC são significativas, a ponto de se afirmar que, para a devida aplicação das convenções processuais, deve-se adotar como seu diretriz ou vetor aplicativo a máxima do *in dubito pro libertate*⁵², ou seja, a pressuposição em favor da liberdade de conformação procedimental pelas partes (CABRAL, 2020, p. 312).

É, por tal razão, que Antonio do Passo Cabral, ao afirmar que a prevalência normativa⁵³ em favor da convencionalidade processual, também lembra que tal fato não implica a validade absoluta ou definitiva de tais convenções, mas, em verdade, que há a atribuição de um ônus argumentativo para o órgão judicial para que possa afastar o acordo processual:

Mas as preferências normativas fixadas pelo ordenamento são apenas apriorísticas ou *prima facie*, vale dizer, não são absolutas ou definitivas, podendo ser invertidas no caso concreto pelo juiz. O efeito prático é fazer pesar sobre o juiz o ônus argumentativo para considerar os acordos processuais inválidos. Se o magistrado desejar infirmar a prioridade *prima facie*, terá sobre ele um peso que o obriga a um esforço de justificação mais

⁵² O emprego de tal expressão, ao tratar sobre a negociação processual, é atribuído a Peter Schlosser, como noticia Remo Caponi (2016, v. 1, p. 207). Trata-se, atualmente, de expressão comumente utilizada nos trabalhos brasileiros que versam a respeito dos negócios processuais e dos limites de seu objeto.

⁵³ Neste sentido, o autor destaca a adoção, pela redação do parágrafo único do art. 190 do CPC, que, muito embora o controle da validade das convenções processuais seja atribuição expressa do órgão judicial, a recusa de sua aplicação se daria “somente” nas hipóteses de nulidade, inserção abusiva em contrato de adesão ou quando uma das partes se encontrar em situação de manifesta vulnerabilidade. O próprio CPC restringiria, assim, invalidação das convenções a tais hipóteses, ressaltando, por outro lado, a eficácia *prima facie* dos negócios jurídicos processuais (CABRAL, 2020, p. 181).

acentuado. O juiz deve ter “razões mais fortes” para inverter, no caso concreto, a direção apontada pela norma. (CABRAL, 2020, p. 181)

Forte ainda na reafirmação da validade *prima facie* das convenções processuais é a previsão, no art. 200 do CPC⁵⁴, de que os atos das partes, sejam unilaterais ou bilaterais, produzem efeitos imediatamente, independentemente de homologação judicial, salvo, por exemplo, na hipótese de desistência da ação, a teor do Parágrafo único do art. 200⁵⁵. Tal dispositivo também é aplicável ao regime geral do art. 190 do CPC, de sorte que há de se concluir pela produção imediata dos efeitos da convenção processual, salvo inserção voluntária de condição ou termo, não podendo o juiz se recusar a aplicá-lo salvo na presença de defeito (DIDIER JR., 2018, p. 40-41).

Contudo, para a correta concretização da cláusula geral de negociação processual atípica não se basta destacar sua admissibilidade *prima facie* ou, mesmo, sustentar a necessidade de mudança de mentalidade em relação às convenções processuais, valorizando a atuação da vontade das partes; de fato, a delimitação do efeito alcance do poder de autorregramento da vontade depende de que sejam traçados os limites e requisitos para sua existência, validade e eficácia. O delineamento de tais aspectos é de importância ímpar para a correta construção do sentido da cláusula aberta em questão (BARREIROS, 2017, p. 221).

Passa-se, assim, a seguir, a analisar os requisitos de existência dos negócios jurídicos processuais, bem como aqueles requisitos gerais e específicos de sua validade.

2.3.1 O plano da existência dos negócios jurídicos processuais atípicos

Tratando-se de espécie de negócio jurídico, os negócios processuais também ingressam no mundo jurídico mediante o plano da existência. A parte relevante do suporte fático, após sofrer a incidência da norma jurídica juridicizante, ingressa no mundo jurídico, passando, de fato, a existir juridicamente, condição de possibilidade esta da qual decorrem todas as demais consequências jurídicas (MELLO, 2012, p. 134-135).

⁵⁴ “Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais. Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.” (BRASIL, 2015). Fredie Didier Jr. sustenta, ainda, que o art. 200 do CPC compõe, junto com o art. 190 do CPC, o núcleo de um “microssistema” que disciplina e estabelece o modelo dogmático das negociações processuais no direito processual civil brasileiro (DIDIER JR., 2018, p. 32).

⁵⁵ Pedro Henrique Nogueira também exemplifica a exigência de homologação, como requisito de eficácia do negócio jurídico processual, se referindo ao saneamento consensual do processo nos termos do art. 357, §2º, do CPC. Contudo, nos demais casos em que não há tal exigência expressa, a homologação judicial não se trata de elemento integrativo do suporte fático do negócio jurídico, razão pela qual não pode ser considerada como causa de invalidade do negócio (NOGUEIRA, 2016, p. 231).

Assim, em tal plano são verificados todos aqueles elementos necessários para que negócio jurídico processual, de fato, exista no mundo jurídico: agente, manifestação de vontade e objeto (CÂMARA, 2018, p. 92).

Destaque-se que é a manifestação da vontade dos celebrantes, dotada de consentimento, o elemento essencial do suporte fático das convenções processuais (CABRAL, 2020, p. 231-315). Naturalmente, para que a manifestação de vontade seja tomada como apta a formar a negociação processual, não basta a simples manifestação, mas que esta “configure como exercício do poder de autorregramento da vontade, entendido como poder de escolha da categoria jurídica ou das situações jurídicas que configurarão a sua eficácia” (NOGUEIRA, 2016, p. 180).

2.3.2 O plano da validade dos negócios jurídicos processuais atípicos: as condições gerais e específicas de validade

Em atenção à mesma lógica empregada na análise referente ao plano da existência dos negócios jurídicos processuais, ao plano da validade também se aplicam aquelas disposições relativas aos negócios jurídicos em geral – sempre com as devidas adaptações -, tais como previstas no Código Civil, especialmente nos artigos 104⁵⁶ e 166⁵⁷: as partes devem ser capazes, o objeto deve ser lícito e a forma deve ser prescrita ou não defesa em lei (GAJARDONI, 2015, p. 616), bem como deve ser a manifestação de vontade da parte livre, ou seja, não maculada por vícios da vontade (GAJARDONI, 2015, p. 617-618).

Em relação às partes, muito embora seja aplicável a capacidade genérica, exigida para a prática de atos jurídicos em geral (art. 2º do CC), há o requisito específico do art. 190 do CPC de que estas sejam plenamente capazes, de forma que as partes também possuirão capacidade processual e não dependerão de pessoas interpostas para o exercício de seus direitos processuais (GAJARDONI, 2015, p. 616).

Frise-se, contudo, a posição de Lorena Miranda Santos Barreiros, a qual defende que, com a edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), “a pessoa portadora de deficiência poderá celebrar convenções processuais prévias ou incidentais, desde

⁵⁶ “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.” (BRASIL, 2002).

⁵⁷ “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.” (BRASIL, 2002).

que seja capaz de exprimir sua vontade negocial (ou seja, que possua capacidade negocial)” (BARREIROS, 2016, p. 230-231).

Exige-se, também, que o objeto seja lícito⁵⁸, possua referibilidade a um processo, isto é, que se refira a um processo “atual ou futuro, ao qual se direcionam seus efeitos”⁵⁹ (BARREIROS, 2016, p. 215), e, como requisito específico do art. 190, que verse a respeito de direitos que admitam autocomposição. No caso, é o direito material discutido que deve ser suscetível de autocomposição, o que não se confunde com possível indisponibilidade do direito, a qual não exclui, por si só, a viabilidade de sua autocomposição (GAJARDONI, 2015, p. 618-619):

A redação do dispositivo é distinta da do artigo 1.º da Lei 9.307/1996, ampliando o âmbito de incidência do negócio jurídico processual. Pois, embora, ordinariamente, direitos autocomponíveis sejam mesmo os patrimoniais disponíveis (como aponta a Lei de Arbitragem), há direitos indisponíveis autocomponíveis, cujas regras processuais/procedimentais podem ser passíveis de convenção. (GAJARDONI, 2015, p. 619)

Em relação à forma das convenções, em que pese a liberdade geral de suas formas, há a exigência, por razões de segurança jurídica, de que sejam materializadas em forma escrita, ainda que eventual declaração de vontade seja manifestada, oralmente, em audiência, de forma que deve ser reduzida a termo, na medida em que a documentação é indissociável da realidade do processo (YARSHELL, 2016, v. 1, p. 77).

Na mesma direção, Fernando da Fonseca Gajardoni, também conclui, ainda que não se negue a liberdade da forma atribuível para a convenção, que a falta de “parâmetros seguros para o desenvolvimento do processo em juízo é fato absolutamente indesejável, dando ensejo a conflito paralelo e preliminar sobre quais serão as regras processuais avençadas” (GAJARDONI, 2015, p. 617). Em conclusão diversa, Fredie Didier Jr. (2018, p. 39-40) consagra a liberdade da forma adotada nas convenções processuais, ressaltando as hipóteses legais em que a forma escrita é exigida, e Antonio do Passo Cabral (2020, p. 355-356). aponta a existência de indevida confusão entre o acordo de vontades (*negotium*) e o meio que o veicula (*instrumentum*), de forma que inexistiria exigência legal de que as convenções processuais sejam celebradas por forma escrita.

⁵⁸ Tal tema, contudo, será enfrentado em tópico específico mais à frente (tópico 5.2), diante de sua utilidade para a aferição do que caracterizaria a “onerosidade excessiva” das convenções processuais.

⁵⁹ Defende Antonio do Passo Cabral, ainda, que a determinação e a previsibilidade são critérios aplicáveis às convenções processuais, delimitando, assim, sobre qual relação jurídica ou conflito incidirá - de forma que não seja válido para todo e qualquer processo futuro entre as partes -, individualizando a situação jurídica sobre a qual a convenção processual versará (CABRAL, 2020, p. 98-100).

De fato, sustentar a inexigência de forma escrita para as convenções processuais se apresenta como proposta temerária para a segurança jurídica e a previsibilidade do rito processual. Considerando que o art. 190 do CPC consagra, de forma geral, a possibilidade de que as partes venham a derrogar uma série de normas procedimentais ou de atribuição de situações jurídicas positivadas, este poder somente pode ser efetivamente exercido mediante comprovação nos autos, sob pena de criação de celeumas paralelos ao escopo último do processo, essencialmente pela dificuldade de comprovação do acordo.

Assim, ainda que se seja possível, por exemplo, o ajuste verbal de convenção durante audiência, a redução a termo do pacto é requisito indispensável para a exigibilidade de seu conteúdo, seja em relação às partes ou, mesmo, em relação ao órgão judicial. Em se tratando de convenções prévias, este requisito se mostra ainda mais indispensável, sob pena de grave dificuldade de demonstrar, nos autos, sua celebração.

Todos os requisitos aqui elencados, gerais ou específicos, são afeitos à validade do negócio jurídico processual, razão pela qual a constatação de defeitos em seu preenchimento atrai o controle judicial de sua validade, inclusive de ofício e incidentalmente, pelo juiz:

Direcionando a análise realizada para o objeto examinado – controle de validade dos negócios jurídicos processuais, serão cognoscíveis de ofício, como regra, os defeitos que digam respeito: a) à capacidade (inclusive a existência de manifesta situação de vulnerabilidade); b) ilicitude, impossibilidade, imprecisão ou indeterminabilidade do objeto; c) ao desrespeito à forma prevista em lei ou ao uso de forma vedada pelo ordenamento jurídico. Além desses, devem ser observadas as hipóteses de nulidade consagradas nos arts. 166 e 167 do CC/2002, dentre as quais se inclui o vício social da simulação (art. 167 do CC/2002) e a fraude (arts. 166, VI, do CC/2002 e 142 do CPC/2015). (BARREIROS, 2016, p. 270-271).

Por fim, a tais hipóteses de invalidação dos negócios jurídicos processuais somam-se, ainda, aquelas especificamente previstas no parágrafo único do art. 190 do CPC, quais sejam as de nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão, bem como na hipótese em que uma parte se encontre em situação de manifesta vulnerabilidade (BRASIL, 2015).

De uma forma geral, constata-se que os negócios processuais, devido à especificidade de seu objeto, inserido em um contexto de contínua tensão entre as liberdades individuais e o interesse público, possuem regime mais rígido de controle de sua validade do que nos negócios de direito material. Tal opção legislativa é justificada e recomendada, posto que viabiliza maior segurança no amadurecimento da negociação processual, a qual, até então, era praticamente inexistente e carecedora de maior desenvolvimento prático e teórico.

3 O PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E NO CÓDIGO CIVIL: AS NOVAS PERSPECTIVAS DA JUSTIÇA CONTRATUAL E SEUS DIÁLOGOS COM O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS

O contínuo processo de redimensionamento da autonomia privada clássica – até então tida como “autonomia da vontade” – aos novos valores constitucionais inaugurados com a Constituição de 1988 significou, em grande medida, a superação de dogmas clássicos de sua estrutura, a qual se fundava no poder quase ilimitado e irrestrito de atuação da vontade.

Neste sentido, repise-se que um dos grandes pilares de tal acepção clássica da autonomia privada residia em uma noção específica de justiça contratual, essencialmente voluntarista e artificial, responsável pela preservação do conteúdo intocado de todos aqueles contratos que não tivessem sido, de forma excepcional, maculados por vícios da vontade (MARTINS-COSTA, 2000, p. 203).

Assim, da mesma forma que todos os sujeitos eram artificialmente qualificados enquanto paritários e observados sob uma ótica unitária, tudo graças à noção do indivíduo formalmente igual perante a lei, o produto de sua vontade, em grande medida consagrado nos contratos, era automaticamente considerado justo, posto que correspondente à liberdade individual e à vontade livre dos contratantes (MARTINS-COSTA, 2000, p. 203).

Tal fato, quando interpretado em conjunto com a necessária observância da obrigatoriedade do pactuado (*pacta sunt servanda*), resultava na inexorável intangibilidade do conteúdo contrato, característica esta capaz de assegurar a pretendida segurança jurídica das operações comerciais da então classe burguesa (RENNER, 2007, p. 24-25).

Naturalmente, qualquer intervenção estatal tendente a tocar tal conteúdo era rechaçada; a admissão de que todos os sujeitos se encontravam em rigorosa situação de igualdade e liberdade formais era condição de possibilidade da existência do sistema de trocas construído, sob pena de eventual intromissão estatal falsear todo o sistema: a extensão do contrato seria domínio exclusivo do direito privado (PRATA, 2016, p. 30).

O ponto de inflexão da ciência jurídica em relação a tais postulados, tal como já visto anteriormente, se dá com o aprofundamento da disparidade da condição econômica dos indivíduos, amplamente evidenciada e recrudescida com a manutenção inflexível dos dogmas da unitariedade dos sujeitos, da intangibilidade do contratado e da obrigatoriedade dos pactos.

Se, por um lado, há a substituição do clássico instituto da autonomia da vontade pela ideia funcionalizada da autonomia privada, há, ainda, o redimensionamento das esferas de

influência e liberdade desta mesma autonomia, as quais, embora não passem a ser restritas, deixam, contudo, de ser ilimitadas.

Neste sentido, é de especial destaque, no contexto do direito das obrigações e dos contratos, o influxo de uma onda “renovatória” dos princípios” contratuais e de valores constitucionais – destes últimos, destaca-se, por exemplo, o da solidariedade social (art. 3º, I, da CF), como se verá adiante -, os quais contrapõem um modelo contemporâneo e social de contrato àquele liberal e clássico (NEGREIROS, 2002, p. 24-28). Antes, contudo, há de se demonstrar, ainda que brevemente, a noção de “princípio” adotada na presente dissertação, o que se fará a seguir.

Após a fixação de tal critério, passar-se-á, a seguir, a estudar alguns dos princípios constitucionais que formam e informam, no ordenamento jurídico brasileiro, o direito contratual contemporâneo; após, o estudo será direcionado para o princípio do equilíbrio contratual propriamente dito, a fim de precisar seu sentido e demonstrar a importante função que exerce no contexto do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil, a qual deve ser estendida, também, às convenções processuais.

3.1 Breve análise da estrutura normativa dos princípios

A compreensão do conteúdo normativo dos princípios, bem como a polêmica distinção entre princípios e regras, é tema essencialmente controvertido, de vasta produção acadêmica e cujo tratamento se dá, no mais das vezes, de forma errática e atécnica, fato este que obscurece e dificulta a apreensão e compreensão do objeto de estudo por vezes tratado.

Todavia, muito embora o estudo destacado de tal tema fuja aos escopos da presente dissertação, é necessário que se faça, ainda que brevemente, incursão em tal tema, a fim de que seja possível, ao menos, estabelecer os parâmetros, critérios e definições adotados na presente dissertação.

Em primeiro lugar, há de se acatar a inegável constatação de Virgílio Afonso da Silva de que, muito embora a plurivocidade do termo “princípio” não seja, em si mesma, um problema, este surge na medida em que os juristas passam a tratar o conceito como se unívoco fosse, a despeito das profundas distinções teóricas adotadas entre os autores (SILVA, 2014, p. 35).

Neste sentido, não é incomum que aos princípios sejam atribuídas as mais diversas características e categorizações, ora como fundamentos do ordenamento jurídico, na qualidade de mandamentos nucleares de um sistema, servindo como seu alicerce e contendo disposição fundamental que se irradia sobre as mais diferentes normas do ordenamento,

conforme já clássica definição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 54), ora como “núcleos de condensações” dos quais cofluem bens e valores constitucionais (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 49), dentre outras classificações.

Conquanto não se pretenda, aqui, discutir o mérito de tais definições, é importante destacar o alerta de Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 36), o qual, com clareza, aponta a confusão conceitual realizada por diversos autores brasileiros, os quais, ao tratarem sobre os princípios, pretendem, por exemplo, adotar o conceito de fundamentalidade normativa de Bandeira de Mello, ao passo em que também buscam se valer de outras teorias – tais como a desenvolvida por Robert Alexy (2015)⁶⁰ – de forma intercambiável, isto é, sem apontar a existência de divergências significativas do conteúdo atribuído por tais autores à categoria dos “princípios”⁶¹.

Feita tal observação, a concepção de princípio que aqui se adota, tal como desenvolvida por Robert Alexy, se alberga na discussão centrada na distinção qualitativa entre princípios e regras, ambos considerados enquanto duas espécies de normas por conterem expressões deônticas de dever, permissões e proibições (ALEXY, 2015, 87-90).

Neste sentido, princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2015, p. 90), isto é, são mandamentos de otimização cuja realização pode se dar em diversos graus – e não somente em seu potencial máximo (SILVA, 2010, p. 46) – a depender das condições jurídicas e fáticas do caso concreto (ALEXY, 2015, p. 90).

As regras, por sua vez, não possuem como característica principal sua realização em graus variados, mas são, ao contrário, tão somente satisfeitas ou não: se uma regra é válida, deve-se fazer “exatamente aquilo que ela exige, nem mais, nem menos” (ALEXY, 2015, p. 91), contendo determinações no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas.

Alexy esclarece tais distinções, essencialmente, ao analisar as hipóteses de conflito normativo, especialmente de colisões entre princípios e conflitos entre regras. Em se tratando de conflito entre regras – e considerando que sua realização, em concreto, não se dá de forma

⁶⁰ Neste sentido, Virgílio Afonso da Silva aponta que a teoria desenvolvida por Robert Alexy se vale, essencialmente, de um critério estrutural de distinção entre regras e princípios, e não critérios de fundamentalidade, generalidade, abstração, entre outros (2014, p. 30). Destarte, certas normas serão classificadas como “princípios” por refletirem a estrutura do que vem a classificar “mandamento de otimização”, e não por serem tais norma, por exemplo, “mandamentos nucleares do sistema”, o que pode ou não ser característica da norma em comento (SILVA, 2014, p. 36).

⁶¹ Tal “sincretismo metodológico” praticado pela academia nacional é denunciado por Virgílio Afonso desde o início do século (2003, p. 624-625).

gradual, mas satisfazendo-a ou não⁶² -, tal situação somente pode ser resolvida mediante a inclusão de uma cláusula de exceção em uma das regras, ou, nos casos em que a inclusão de tais exceções não seja possível, com a declaração de sua invalidade (ALEXY, 2015, p. 92)⁶³.

É por tal razão que se afirma que a estrutura dos direitos (ou deveres) garantidos pelas regras são classificados como definitivos, isto é, ou seu conteúdo se realiza totalmente no caso em espécie, ou não se aplica, seja mediante a incidência de uma exceção – tomada como parte da própria regra excepcionada – ou declaração de sua invalidade (SILVA, 2010, p. 45):

Assim, a regra que proíbe a retroação da lei penal tem uma conhecida exceção: a lei deve retroagir quando beneficiar o réu (CF, art. 5º, XL). A norma (regra) deve, nesse caso, ser compreendida como “é proibida a retroação de leis penais, a não ser que sejam mais benéficas para o réu que a lei anterior; nesses casos, deve haver retroação. (SILVA, 2010, p. 45)

Por sua vez, as colisões entre princípios são solucionadas de forma absolutamente diversa daquela aplicável aos conflitos entre regras. Isto pois, na hipótese de tal colisão, sua solução não significa a declaração de invalidade do princípio cedente ou mesma a inserção de uma cláusula de exceção, mas, tão somente, a precedência do princípio com maior dimensão de peso no caso concreto (ALEXY, 2015, p. 94).

É, portanto, mediante o estabelecimento de relações de precedências condicionadas que, diante das circunstâncias do caso concreto – e, portanto, condicionado a estas mesmas circunstâncias -, que se estabelecerá a precedência de um princípio sobre o outro, sem se olvidar que, diante de condições diversas, é possível que a relação de precedência seja resolvida de forma distinta (ALEXY, 2015, p. 96). É, portanto, mediante o sopesamento de tais princípios que se obterá a solução para a colisão posta para análise, definindo qual dos interesses em conflito terá maior peso no caso concreto (ALEXY, 2015, p. 95)⁶⁴.

⁶² Há de se destacar que, na clássica obra de Ronaldo Dworkin, já havia a menção à característica das regras de aplicação “tudo-ou-nada” (*all-or-nothing fashion*): “*The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction [...] Rules are applicable in a all-or-nothing fashion. If the facts rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision.*” (DWORKIN, 1977, p. 24). Todavia, Alexy também dirige críticas a tal modelo teórico (2015, p. 104), reformulando-o, na medida em que, no contexto de sociedades complexas como as contemporâneas, não haveria que se falar na possibilidade de enumeração das exceções às regras, mormente pois novas cláusulas de exceção podem ser introduzidas a cada novo caso.

⁶³ Conforme esclarece Virgílio Afonso da Silva, eventual solução que busque resolver um conflito existente entre regras não pode, por definição, relativizar o próprio caráter de “definitividade” que as diferencia dos princípios, sob pena de inutilização do próprio critério distintivo adotado entre tais espécies normativas. É, por tal razão, que haverá declaração parcial de invalidade de uma regra na hipótese de solução do conflito por exceção, e total, na hipótese de declaração de invalidade, quando os preceitos das regras em conflito forem mutuamente excludentes (SILVA, 2010, p. 47-49).

⁶⁴ Repise-se que, abstratamente, todos os “interesses” que são objeto do sopesamento estão “no mesmo nível” (ALEXY, 2015, p. 95), isto pois a relação de precedência nunca é solucionada em abstrato, mas tão somente diante das circunstâncias do caso. Assim, não há como se falar que um dado princípio sempre terá precedência em relação a um outro, de forma desvinculada às situações de fato, vez que somente no caso de conflito de

Veja-se que, na medida em que os princípios são definidos como mandamentos de otimização, sua aplicação se analisa, principalmente, não em relação à sua realização plena ou não⁶⁵ – tal como no caso das regras –, mas em graus, diante da necessidade de aferição das “condições jurídicas” que condicionarão a aplicação dos princípios na maior medida possível: são tais condições jurídicas exatamente a possibilidade de sua colisão, o que, no caso concreto, poderá limitar sua realização parcial ou totalmente, sem que, contudo, tal restrição signifique declaração de invalidade (SILVA, 2014, p. 34).

Tal possibilidade de limitação recíproca dos princípios no processo de sopesamento leva a outra importante classificação destes, aprofundando sua distinção em relação às regras. Se, em relação a estas, se fala em direitos definitivos, ou seja, se realizam totalmente ou não se realizam – exigindo que seja feito exatamente o comando que a regra prescreve –, os princípios, por sua vez, não possuem mandamentos definitivos, mas apenas *prima facie*, ou seja, que ao final do processo de sopesamento, não sejam exatamente o que o princípio exija para o caso concreto (ALEXY, 2015, p. 104).

Explica-se: o processo de sopesamento dos princípios face ao caso concreto pode, ao final, buscando atingir um resultado “ótimo”, limitar a realização de um ou mais princípios, de sorte que os mandamentos – direitos e deveres – *prima facie* podem vir a se revelar menos amplos do que os princípios originalmente exigiam (SILVA, 2003, p. 610-611). Diante da dificuldade, portanto, na realização sempre total do que a norma exige, há diferença entre o mandamento garantido *prima facie* e o mandamento garantido, de fato, definitivamente⁶⁶ (SILVA, 2010, p. 45).

Com fundamento nas distinções entre os mandamentos definitivos e *prima facie* que são característicos, respectivamente, das regras e dos princípios, Alexy afirma, categoricamente, que ambas as espécies servem a função de razões para normas, sejam estas universais, e, portanto, gerais e abstratas, ou para normas individuais, exprimindo juízos concretos de dever-ser (ALEXY, 2015, p. 107). Aponta, ainda, que os princípios podem

regras que é possível se falar de instituição de uma cláusula de exceção que sempre será a mesma, e que, consequentemente, valerá para todos os casos de aplicação destas mesmas regras (SILVA, 2014, p. 34-35).

⁶⁵ Embora seja teoricamente possível a realização plena de um princípio, as condições fáticas e jurídicas existentes raramente são ideais (SILVA, 2010, p. 50), razão pela qual é mais esperado que se encontre, com maior frequência, a colisão entre princípios do que a realização plena e incontestada de um único princípio.

⁶⁶ Se, por um lado, o caráter definitivo das regras exige que estas possuam uma extensão determinada de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas – a qual pode vir a “falhar” diante de eventuais impossibilidades fáticas e jurídicas –, os princípios, por sua vez, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face de princípios colidentes – possibilidades jurídicas – e das demais possibilidades fáticas. As relações estabelecidas entre razão e contrarrazão não são definidas pelo próprio princípio, abstratamente, mas sim diante do caso concreto, motivo pelo qual estes mesmos princípios podem ser afastados, ou ter seu conteúdo realizado em grau variado, em face de razões antagônicas (ALEXY, 2015, p. 104).

servir, inclusive, como razões diretas para decisões concretas, tal como regras podem servir como razões para outras regras, criticando a diferenciação que classifica os princípios, tão somente, como razões para outras regras (ALEXY, 2015, p. 107).

Relembra, contudo, que, conforme classificação já adotada, as regras, na medida em que são razões para juízos concretos, exprimem, necessariamente, razões definitivas, enquanto que os princípios, por configurarem apenas razões *prima facie*, carecem de um processo de identificação dos direitos definitivos, o qual é indispensável para a tomada de decisões sobre direitos (ALEXY, 2015, p. 108).

Por tal razão, Robert Alexy sustenta que, em dada hipótese de colisão entre princípios, o estabelecimento de uma relação de preferência entre estes passa, necessariamente e em decorrência da lei de colisão, pela definição de uma regra, vez que os princípios, em si mesmos, nunca são razões definitivas para juízos concretos⁶⁷ (ALEXY, 2015, p. 108):

O caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie*, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de uma relação de preferência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra. Nesse sentido, é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. Em si mesmos, princípios nunca são razões definitivas. (ALEXY, 2015, p. 108)

Feita esta breve passagem e uma vez indicado a conceituação do que se toma, na presente dissertação, por “princípio”, pretende-se evitar o indevido emprego de sincretismos metodológicos nos próximos tópicos, ao passo em que também busca se aclarar as principais características desta espécie normativa tão celebrada e mencionada na doutrina nacional, sem prejuízo do infundável debate acerca de sua melhor definição⁶⁸ e em que pese seu uso se dar, por vezes, de forma atécnica e um tanto quanto nebulosa.

Assim, princípios, para os fins da presente dissertação, “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas

⁶⁷ Em que pese a defesa de Alexy no sentido de que princípios podem ser razões para juízos concretos de dever-ser, e não somente para regras, Marcelo Neves aponta que Robert Alexy, ao indicar a necessidade de definição de uma regra como resultado da colisão entre princípios, acaba por admitir que estes somente podem ser razões diretas para regras, e, em relação aos juízos concretos de dever-ser, razões indiretas (NEVES, 2013, P. 69).

⁶⁸ Neste sentido, há a necessidade de registro que Humberto Ávila possui festejada tese acerca da distinção entre regras, princípios e a categoria que vem a classificar como dos “postulados normativos”, na qual também critica a definição de “princípio” de Roberto Alexy (ÁVILA, 2016, p. 66-87) e oferece nova proposta de distinção entre tais normas, inclusive defendendo que as regras possuem dimensão de peso, tal qual os princípios. Tais propostas são diretamente criticadas por Virgílio Afonso da Silva em sua obra sobre direitos fundamentais (SILVA, 2010, p. 56-64), o que já havia feito anteriormente, também, em artigo (SILVA, 2003), o qual, à época, direcionava suas críticas a artigo de Humberto Ávila que precedeu sua consagrada obra. Todavia, é certo que tal discussão excede, em grande medida, os limites da presente dissertação, de sorte que, para a análise das críticas formuladas, remete-se às obras de Humberto Ávila (ÁVILA, 2016) e de Virgílio Afonso da Silva (SILVA, 2010).

existentes” (ALEXY, 2015, p. 90), ou seja, ou seja, mandamentos de otimização cuja realização de seus mandamentos *prima facie* será verificada no caso concreto mediante o estabelecimento de relações de precedências condicionadas, que pode se dar em variados graus de satisfação.

3.2 Os princípios constitucionais da solidariedade e da justiça social

Em primeiro lugar, é importante apontar que é corrente na doutrina⁶⁹ a indicação de que há forte núcleo principiológico na Constituição Federal de 1988 que, necessariamente, irradia, condiciona e molda as características do direito contratual contemporâneo, assentando-se no respeito e na proteção da dignidade humana (art. 1º, III, da CF)⁷⁰, na busca da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF)⁷¹ e na ordem econômica que, embora fundada na livre iniciativa, tem como finalidade a garantia de uma existência digna, de acordo com os ideais da justiça social (art. 170 da CF)⁷².

Neste sentido, destaca-se o reconhecimento e a proteção constitucionais da dignidade da pessoa humana como princípio essencial da ordem constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988, e cuja inclusão enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro (art. 1º, III, da CF) indica o reconhecimento, pelo constituinte, de que o Estado deve se justificar e existir em função da pessoa humana, cuja própria existência constitui a finalidade precípua daquele (SARLET, 2006, p. 65).

Assume, assim, *status* jurídico-normativo de princípio jurídico essencial⁷³ da Constituição Federal de 1988 (SARLET, 2006, p. 67), não contendo mera declaração ética ou

⁶⁹ Neste mesmo sentido, ver-se, por exemplo, Anderson Schreiber (2020, p. 62), Flávio Tartuce (2007, p.79-80), Teresa Negreiros (2002, p. 108) e Gustavo Tepedino (2009a, t. 3, p. p. 136).

⁷⁰ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988).

⁷¹ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária” (BRASIL, 1988).

⁷² “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios” (BRASIL, 1988).

⁷³ Ao se adotar, aqui, a caracterização da dignidade humana enquanto princípio jurídico essencial ou fundamental, tal como o faz Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, 2006, p. 67), entende-se não haver qualquer contradição com a conceituação de Robert Alexy - aqui adotada e, diga-se de passagem, expressamente adotada por Sarlet em sua obra (2006, p. 70) - para a categoria normativa dos princípios em tópico precedente, pelas razões ali já expostas. A título de recapitulação, por mais que o critério de essencialidade não seja componente da distinção qualitativa realizada por Robert Alexy, tal fato não exclui, *a priori*, a possibilidade de que determinado princípio também possa ser fundamental para a ordem jurídica, apenas há o destaque de que tal elemento seria “acidental” a tal espécie normativa, e não condição *sine qua non* para sua caracterização enquanto princípio. Neste sentido, relembre-se lição de Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 36): “Isso porque o conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito que não faz referência à fundamentalidade da norma em questão. Como visto acima, uma norma é um princípio não por ser fundamental, mas por ter a estrutura de um

moral, mas sendo caracterizado como norma positiva e dotada de eficácia constitucional (SARLET, 2006, p. 70), além de exercer a função interpretativa e integradora dos direitos fundamentais constitucionais e de todas as demais normas que compõem o ordenamento jurídico (SARLET, 2006, p. 80). É, portanto, o “ponto de Arquimedes do estado constitucional”, conforme lição de Haverkate citada por Ingo Sarlet, conferindo unidade de sentido e legitimidade para a ordem constitucional (SARLET, 2006, p. 77).

Novamente com referência aos demais princípios constitucionais, a noção de “solidariedade”, tradicionalmente observada como fato social, como virtude ética ou consciência moral, exsurge-se enquanto princípio na Constituição Federal de 1988, identificando-se com “o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados” (BODIN DE MORAES, 2006, p. 164). Trata-se de princípio que, embora autônomo, não raramente é invocado em conjunto e ombreado com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, até mesmo pela indicação de forte confluência entre si, de sorte, por se reforçarem mutuamente, devem ser interpretados de forma harmônica (SARMENTO, 2016, p. 255-256).

Considerados em conjunto, o princípio da solidariedade social (art. 3º, I, da CF) e o objetivo fundamental da República de buscar a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 3º, III, da CF)⁷⁴ delegam verdadeira tarefa promocional aos Poderes Públicos, em atenção à concepção de justiça distributiva, de fomentar⁷⁵ a igualdade substancial, inclusive mediante interpretação de todo ordenamento jurídico nacional à luz de tais ditames (BODIN DE MORAES, 2006, p. 158).

Neste sentido, a Constituição de 1988 traz, em seu bojo, verdadeira Constituição Econômica⁷⁶ destinada a transformar as estruturas sociais então existentes (BERCOVICI,

mandamento de otimização. Por isso, um princípio pode ser um ‘mandamento nuclear do sistema’, mas também pode não o ser, já que uma norma é um princípio apenas em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade”.

⁷⁴ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (BRASIL, 1988).

⁷⁵ Muito embora sejam os indivíduos os destinatários diretos de tal norma, compete ao Estado a criação de condições para o desenvolvimento de uma sociedade solidária, mediante regras, instituições e procedimentos destinados à sua realização, tais como educação, fomento à atividade associativa, dentre outras medidas (SILVA, 2021, p. 126-127).

⁷⁶ Conforme Eros Roberto Grau (2015, p. 79), entende-se Constituição Econômica como o “conjunto de preceitos que institui determinada ordem econômica (mundo do ser) ou conjunto de princípios e regras essenciais ordenadoras da economia, é de se esperar que, como tal, opere a consagração de um determinado sistema econômico”. Tal conceituação surge, essencialmente, após a edição da Constituição de Weimar, a qual passou a reger e dispor a respeito da chamada “vida econômica” (GRAU, 2015, p. 77), cujo regulamento (*Das Wirtschaftsleben*) se deu ao lado das seções dedicadas à educação e cultura (*Bildung und Schule*) (BERCOVICI, 2005, p. 14). Tais disposições constitucionais dirigentes se contrapunham, diretamente, às constituições liberais,

2005, p. 30); a conformação de toda a ordem jurídica nacional ao caráter obrigatório do art. 3º da CF, determinando a atuação de todos os Poderes no sentido de concretizá-lo, cria marco de desenvolvimento para o ordenamento jurídico, fixando objetivos e sendo parâmetro de interpretação e concretização da Constituição (BERCOVICI, 2015, p. 105).

Em uma perspectiva civilista, a solidariedade também surte profundos efeitos, mormente quando considerada em uma perspectiva de repersonalização e valorização da pessoa humana, em contraponto à premência clássica do patrimônio e do contratado sobre o indivíduo.

Luiz Edson Fachin, ao analisar as contribuições da obra de Carlos Fernández Sessarego, aponta, inicialmente, que o homem não mais pode ser considerado abstratamente, de sorte que sua compreensão somente pode ser feita, satisfatoriamente, em um contexto coexistencial, isto é, em sociedade, na medida em que o existir humano é, exatamente, o fato de se encontrar no mundo com outras pessoas e com as coisas (FACHIN, 2001, p. 49).

Mediante tal mudança de enfoque, ou seja, adotando-se como ponto de partida da análise o personalismo, centralizando os sujeitos como o centro do sistema jurídico, em clara em contraposição à visão solipsista clássica - fundamentada no patrimônio e no homem abstrato, atômico e insular -, há que se ressaltar o solidarismo jurídico como modelo de superação do individualismo proprietário (FACHIN, 2001, p. 49).

Deixa, portanto, o patrimônio de ser centro do ordenamento jurídico, e passa a meio que garanta o desenvolvimento integral da pessoa, de forma que os institutos jurídicos passam a ser funcionalizados em favor do interesse social. A solidariedade passa a exigir que os indivíduos, uma vez considerados como inseridos em dado contexto social, tenham assegurado não apenas o seu desenvolvimento, único e particularizado, mas de toda a coletividade, devendo, assim, contribuir e colaborar para a realização plena de todos os demais membros desta comunidade (FACHIN, 2001, p. 50-52).

No mesmo sentido, Maria Celina Bodin de Moares (2006, p. 166) indica que, em contraposição ao outrora “autoritarismo” da vontade individual, a nova tábua de valores constitucionais insculpe a solidariedade como molde para a reconfiguração da autonomia privada, substituindo, de seu núcleo, um indivíduo ideal, abstrato e desconexos de suas condições materiais de existência, em favor do homem inserido no contexto da vida em sociedade:

as quais não dispunham, em seu texto, de normas que compusessem uma ordem econômica constitucional, até mesmo pois “a ordem econômica existente no mundo do ser não merecia reparos” (GRAU, 2015, p. 71). Para um panorama sobre a história das Constituições Econômicas brasileiras, remete-se à obra de Gilberto Bercovici (2005, p. 17-31).

Ao direito de liberdade da pessoa será contraposto – ou com ele sopesado – o dever de solidariedade social, não mais reputado como um sentimento genérico de fraternidade ou uma ação virtuosa que o indivíduo poderia – ou não – praticar, dentro da sua ampla autonomia. Na medida em que não se pode conceber o mítico *homo clausus*, cujo epíteto é o “indivíduo”, tampouco podem existir direitos que se reconduzam a esta figura ficcional. Os direitos só existem para ser exercidos em contextos sociais, contextos nos quais ocorrem as relações entre as pessoas, seres humanos “fundamentalmente organizados” para viverem em meio a outros.

No quadro contemporâneo, marcado pela superação da dicotomia clássica entre o direito público e o direito privado, perderam relevo as concepções que consideravam o direito subjetivo, *a priori*, como um poder atribuído à vontade individual, para a realização de um seu interesse exclusivo – cabendo-lhe respeitar apenas uns poucos limites externos, dispostos no interesse de terceiros ou da coletividade. Ao contrário, as limitações deixam de constituir exceção e passam a contribuir para a identificação da função dos institutos jurídicos. (BODIN DE MORAES, 2006, p. 166)

Não há de se esquecer, contudo, que a o princípio da solidariedade vem acompanhado, no inciso III do art. 3º da Constituição, do objetivo fundamental da República de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (BRASIL 1988), o qual fundamenta o princípio constitucional da justiça social, além de ser expressamente mencionada como base da ordem social (art. 193 da CF)⁷⁷.

Trata-se, como já visto, de princípio associado ao da solidariedade, ambos os quais permeiam o texto constitucional e promovem não apenas a prevalência do social sobre o individual, mas que impõem o compromisso de dependência recíproca e interdependente entre os indivíduos, sendo verdadeira forma de restrição à liberdade e à livre iniciativa, visando a implementação, a todos, de um padrão de vida digno, mediante interferências na ordem econômica (TAVARES, 2011, p. 128-129).

Sendo princípio precursor da igualdade substancial, portanto, a justiça social estabelece o necessário contraponto à igualdade formal entre os indivíduos, a qual, conquanto essencial e revolucionária à época de sua concretização pelas revoluções liberais, peca ao aferir a justeza de determinada relação, especialmente no âmbito contratual, pela mera presença imaculada do elemento voluntarístico, ainda que presente grave desequilíbrio contratual, marcado pela desproporção, por exemplo, entre preço do bem e o respectivo valor de mercado da coisa (RENNER, 2007, p. 28).

Em sentido diverso, a igualdade substancial exigirá a análise da justeza das convenções em ainda outro perfil – considerando que a crítica ao modelo clássico de justiça

⁷⁷ “Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (BRASIL, 1988).

formal dos pactos não significou, ao menos no direito brasileiro, a superação total dos inúmeros critérios de avaliação da incolumidade da vontade, voltados para a averiguação dos pressupostos de existência e validade dos negócios jurídicos -, qual seja, o perfil material das convenções. A avaliação objetiva dos pactos passa a ser essencial para a avaliação do merecimento de tutela jurídica pelo contrato firmado, cujo equilíbrio se exprimirá, em grandes linhas, pela equivalência das prestações contratadas (RENNER, 2007, p. 42).

É, pois, a base de tais princípios constitucionais que forma e informa o fundamento do direito dos contratos contemporâneo (SCHREIBER, 2020, p. 62), vinculação esta cujo reconhecimento deriva da própria força normativa dos dispositivos constitucionais⁷⁸. O princípio da solidariedade constitucional, por sua vez, ao incidir sobre tal ramo do direito, altera o enfoque voluntarista da concepção clássica do instituto do contrato – modificando, conseqüentemente, a presunção de justiça intrínseca aos negócios concluídos sem qualquer vício da vontade -, passando a buscar o concreto equilíbrio entre as partes contratantes, o que poderia se dar, inclusive, mediante balanceamento das prestações contratuais (BODIN DE MORAES, 2006, p. 168).

Desta forma, é patente que uma nova perspectiva de justiça contratual surge da novel carta principiológica constitucional, determinando que o “contrato não deve servir de instrumento para que, sob a capa de um equilíbrio meramente formal, as prestações em favor de um contratante lhe acarretem um lucro exagerado em detrimento do outro contratante” (NEGREIROS, 2002, p. 156).

É, por tal razão, que se afirma que as bases do princípio do equilíbrio contratual encontram fundamento constitucional⁷⁹ (NEGREIROS, 2002, p. 155), de sorte que sua

⁷⁸ Como aponta Konrad Hesse em sua aula inaugural na Universidade de Freiburg em 1959, muito embora as condições reais de poder, tais como poder social, militar e econômico, venham conformar a chamada Constituição “real” de dado ordenamento jurídico, Hesse se contrapõe à tese de Ferdinand Lassale de que a Constituição “jurídica”, por sua vez, seria reduzida a um pedaço de papel (*ein Stück Papier*), o qual, necessariamente, sucumbiria às forças da realidade fática. Em sentido diverso e sustentando uma das teses mais importantes para o moderno direito constitucional, Hesse afirma que a Constituição jurídica possui pretensão de eficácia, adquirindo normatividade na medida em que logra realizar tal pretensão (HESSE, 1991, p. 9-16), a qual, por sua vez, se realiza na medida em que os principais responsáveis pela ordem constitucional possuírem, em suas consciências, a “vontade de Constituição” (*Wille zur Verfassung*), passando a orientar sua conduta segundo esta mesma ordem, envidando esforços para sua concretização e das demais tarefas constitucionais (HESSE, 1991, p. 19).

⁷⁹ No mesmo sentido, Miguel Reale (1997, p. 7-8) vem a defender o instrumento contratual como “alavanca da livre iniciativa” constitucionalmente assegurada, o qual não deve ser mantido, contudo, como mera expressão formal do direito adquirido, mas, também, deve ser materialmente assegurado, mediante a garantia da existência de uma efetiva contraprestação. Conclui, assim, que é no próprio direito constitucional que deve-se buscar as atuais condições indispensáveis para a vida contratual contemporânea: “o da salvaguarda do equilíbrio econômico dos contratos, e o do repúdio a toda espécie de onerosidade excessiva que possa vir a atingir a obrigação de qualquer das partes [...] Comprometer o equilíbrio do contrato é, portanto, impróprio-lo como instrumento hábil para a circulação da riqueza, é abalar a circulação econômica ordinária, significando, em uma palavra, frustrar a livre iniciativa, em clara oposição ao mandamento constitucional” (REALE, 1997, p. 8).

observância não é meramente lateral ou de segunda ordem de grandeza, mas assume a qualidade de imperativo constitucional; por tal razão, há de se concordar com Rodrigo Toscano Brito, no sentido de que, na medida em que são identificáveis inúmeros comandos constitucionais no sentido da necessária observância dos equilíbrio contratual, tal equilíbrio deve ser respeitado observado independentemente da natureza do contrato sob análise. Assim, tanto os contratos de consumo quanto os empresariais ou firmados entre meros particulares devem observar seus preceitos, sob pena de inobservância das condições constitucionais de sua existência (BRITO, 2007, p. 70):

De fato, já vimos sustentando desde há muito que, hoje, não há de se fazer distinção, do ponto de vista principiológico [...] entre o contrato paritário ou de massa, nem se sua natureza é civil, empresária, de consumo, ou qualquer outra. O contrato [...] deve obedecer ao traço maior da Constituição, e o Estado, repita-se, não pode abster-se de realizar os objetivos constitucionais, nem porque está diante de um só contrato privado, nem em nome da igualdade formal.

[...]

Seja um contrato de massa, que possa atingir milhões de pessoas ao mesmo tempo, seja um singelo contrato privado, seja um contrato empresarial [...] devem respeito à busca pela dignidade, à observância da justiça social, enfim, ao equilíbrio. (BRITO, 2007, p. 70)

Uma primeira e importante conclusão decorre de tal observação. Se os princípios da solidariedade e da justiça social (art. 3º, I e III, da CF) levam, inevitavelmente, à aplicação, de forma horizontalizada, da necessidade de respeito ao sinalagma e ao equilíbrio entre os pactos, avenças e contratos firmados, tal conclusão deve se aplicar, também, às convenções processuais prévias ou pré-processuais formalizadas com lastro no art. 190 do CPC.

Veja-se que, por mais que o objeto de sua negociação recaia sobre direitos, ônus, poderes ou faculdades processuais, isto é, seja objeto negocial diferenciado em relação às demais avenças de direito material, tal diferença, por si só, não autoriza qualquer exceção ou diferenciação em relação a todos os outros contratos, se tratando de uma convenção como qualquer outra, celebrada à luz da legislação infraconstitucional e sob a égide dos mesmos ditames constitucionais.

Não se está, aqui, a ignorar eventuais dificuldades na aferição do que viria a ser o “equilíbrio” de prestações de natureza processual, até mesmo pois a discussão sobre o que deveria ser considerada uma relação contratual “justa” sequer é pacífica na doutrina civilista (NEGREIROS, 2002, p. 156); todavia, eventual dificuldade de operacionalização não é razão apta a afastar a conclusão lógica de que, tal como qualquer outro negócio jurídico, obrigação ou contrato, as convenções processuais prévias se sujeitam à principiologia constitucional, de sorte que também devem observar os ditames do equilíbrio contratual.

Feita esta análise a nível constitucional, cabe, agora, avaliar o conteúdo propriamente dito do que vem a ser cunhado como o princípio do “equilíbrio contratual”, bem como este se exprime, principalmente, no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil, o que se passa a fazer a seguir.

3.3 Conceito do princípio do equilíbrio contratual e as consequências de sua aplicação

Em já clássico artigo, Antonio Junqueira de Azevedo (1998, p. 115-116) identifica que, ao lado dos três clássicos princípios do direito contratual centrados na autonomia da vontade, a dizer, a liberdade contratual *lato sensu*, o a obrigatoriedade dos contratos, fazendo lei entre as partes (*pacta sunt servanda*) e o caráter relativo dos contratos, isto é, estes somente vinculam as partes, não prejudicando ou beneficiando terceiros (*res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest*), surgem três grandes novos princípios do direito dos contratos, os quais vêm a se somar aos seus predecessores, sem que, contudo, os elimine: a boa-fé objetiva, o que chama de equilíbrio econômico do contrato⁸⁰ e a função social do contrato.

Inseridos no contexto da já exposta superação do dogma da vontade, decorrente da identificação do processo de crise de um modelo de contrato – o contrato clássico do Código Napoleônico e do *BGB* -, os novos princípios contratuais surgem em meio a uma onda renovatória não somente da tábua principiológica que informa o direito dos contratos, mas de uma renovação da teoria contratual como um todo (NEGREIROS, 2002, p. 24), na qual a acepção clássica de contrato cede espaço a uma concepção social deste instrumento jurídico, o qual não se volta, tão somente, para a manifestação da vontade, mas para os efeitos que estes contratos surtirão na sociedade (MARQUES, 2016, p. 216).

Expressão da nova principilogia constitucional, os novos princípios do direito dos contratos, ao se tensionarem com os “clássicos” princípios, devem, contudo, em atenção à hipercomplexidade da sociedade atual, se acomodarem, “algo semelhante ao ajustamento das placas tectônicas” (AZEVEDO, 1998, p. 115), de forma a constituírem uma “amálgama” formada por diferentes tendências axiológicas e que, nem pode isso, devem se anular (NEGREIROS, 2002, p. 110).

⁸⁰ Destaca-se, contudo, que Antônio Junqueira de Azevedo, em sua obra “Novos estudos e pareceres de direito privado, emprega, em um dos estudos, a terminologia “equilíbrio contratual”, a qual também será aqui adotada (AZEVEDO, 2009, p. 183).

Importante análise residirá, portanto, na investigação de como o princípio do equilíbrio contratual, ao operacionalizar e viabilizar a revisão dos contratos – em clara contraposição à intangibilidade do pactuado, *pacta sunt servanda* -, o faz sem obliterar a segurança jurídica dos contratos, função básica de sua existência e atrelada à sua própria razão de ser.

Antes, contudo, que se passe à análise que se pretende desenvolver neste tópico, algumas observações e esclarecimentos são necessários. Em primeiro lugar, Anderson Schreiber, em sua recente e importante obra acerca do equilíbrio contratual, aponta que os “novos princípios contratuais” são, comumente, invocados em bloco, tal com se formassem uma tríade inseparável, e não raramente mediante sobreposição conceitual dos três princípios pelos Tribunais brasileiros, o que acaba por tornar difícil a sua identificação autônoma e o aquilatamento de seu conteúdo (SCHREIBER, 2020, p. 30-31).

Exemplificativamente, sabe-se que a boa-fé objetiva, além de alcançar amplo desenvolvimento na doutrina pátria, contou com já vasta e amadurecida produção sobre o tema, essencialmente oriunda da doutrina alemã e portuguesa, a qual fora aperfeiçoada, nacionalmente, mediante a identificação e construção de situações-tipo contrárias à boa-fé objetiva – tais como, por exemplo, a vedação ao *venire contra factum proprium* -, as quais, sem prejuízo ao caráter aberto da noção de “boa-fé”, auxiliaram na sua operacionalidade (SCHREIBER, 2020, p. 32).

Por outro lado, a função social do contrato e o equilíbrio contratual possuem significativamente menor acervo doutrinário produzido a seu respeito, além de carecerem de maior refinamento teórico; destaca, por exemplo, que a função social do contrato, em que pese seu caráter revolucionário em relação à própria axiologia da liberdade de contratar, ainda não encontrou aplicação prática que, de fato, realize totalmente suas potencialidades, carecendo de parâmetros para sua aplicação prática, ao passo em que também há, por vezes, verdadeiro emprego demagógico e contraditório de seu conceito, como que para embasar teses defensivas ou justificar, eticamente, outros institutos já existentes (SCHREIBER, 2020, p. 35-39).

Ao equilíbrio contratual, por sua vez, fora relegado papel meramente decorativo, utilizado como mero conceito introdutório aos institutos da lesão, do estado de perigo e da resolução por onerosidade excessiva (arts. 156, 157, 317 e 478 e 480) do Código Civil, sem que, contudo, exerça qualquer papel significativo que não o de confirmação destas regras. Em verdade, sequer há menção expressa ao equilíbrio contratual no Código Civil, diferentemente da função social do contrato e da boa-fé objetiva (arts. 421 e 422 do CC), o que poderia

explicar, em parte, o destaque secundário conferido ao equilíbrio contratual (SCHREIBER, 2020, p. 40-41).

Tal ponto, inclusive, merece esclarecimento. É antiga a dissociação, no âmbito da teoria da norma, entre os textos normativos – lei escrita –, os quais são o objeto da interpretação jurídica, e as normas propriamente ditas, as quais são o resultado de tal processo interpretativo. Tal método evidencia a inexistência de correspondência, necessariamente, entre dispositivo e norma, de sorte que há a possibilidade que existam normas sem o correspondente dispositivo jurídico (ÁVILA, 2016, p. 50).

A título exemplificativo, Humberto Ávila (2016, p. 50) faz menção ao princípio da segurança jurídica e à inexistência de um dispositivo específico – ou texto normativo – que lhe dê fundamento, muito embora sua existência no ordenamento jurídico nacional seja incontestável. Da mesma forma, há dispositivos dos quais surgem mais de uma norma, bem como há a possibilidade de que de um único dispositivo surjam apenas uma única norma. O importante é destacar a inexistência de uma relação biunívoca entre texto normativo (dispositivo) e norma, de forma que a presença de um dispositivo não significa, necessariamente, a automaticidade de existência de uma ou mais normas correspondentes (ÁVILA, 2016, p. 51).

O princípio do equilíbrio contratual se amolda perfeitamente na descrição dada por Humberto Ávila, na exata medida em que, ao menos no Código Civil⁸¹, não há formulação expressa de sua existência, muito embora esta não possa ser negada, vez que possui fundamento constitucional e também nas demais regras jurídicas que visam tutelar o desequilíbrio contratual (MATTIETTO, 2009, p. 190). É, portanto, norma que surge de vários dispositivos, sem que, contudo, possua previsão expressa em algum deles.

No Código Civil, por exemplo, sua existência é deduzida das regras atinentes ao estado de perigo e à lesão (arts. 156 e 157 do CC), que visam coibir o desequilíbrio contratual dito genético ou originário, e das regras relativas à revisão e resolução do contrato por onerosidade excessiva (arts. 317 e 478 a 480 do CC), direcionadas para o desequilíbrio superveniente ou funcional. Tais dispositivos tutelam, em certa medida, o exagerado desequilíbrio contratual, ainda que sejam passíveis de críticas - a serem realizadas em

⁸¹ O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, faz diversas menções à necessidade de observância do equilíbrio entre as relações entre consumidores e fornecedores, inclusive com positivação do direito básico do consumidor de modificar cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais (art. 6º, V, do CDC) e a possibilidade de declaração de nulidade das cláusulas que não assegurem o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes (art. 51 IV, art. 51, §§1º e 4º, todos do CDC). Devido à existência de diferenças na expressão do princípio do equilíbrio contratual entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, estes serão tratados em tópicos específicos.

momento oportuno -, na medida em que o Código Civil deixou de tratar a desproporção entre prestações apenas de forma objetiva, mas positivou, também, requisitos de ordem subjetiva em tais regras, o que demonstra indevido apego à acepção voluntarista de outrora (SCHREIBER, 2020, p. 42-43).

Feitos tais destaques, ressalta-se, desde já, que, apesar do relevantíssimo papel desempenhado pela boa-fé objetiva e pela função social dos contratos, estes não serão objeto de análise e estudo direto; para os fins da presente dissertação, o princípio do equilíbrio contratual é aquele de maior relevância quando do estudo do desequilíbrio contratual superveniente no ordenamento jurídico brasileiro – seja no Código de Defesa do Consumidor ou no Código Civil - e das regras com ele relacionadas. Da mesma forma, o enfoque em um único princípio também se justifica por razões técnicas, a fim de se evitar a invocação dos “novos” princípios contratuais como bloco, tal como já denunciado por Anderson Schreiber (2020, p. 30-31), o que só contribuiria para a manutenção da confusão conceitual e atuaria em detrimento de sua melhor caracterização.

Em segundo lugar, há grande dissenso na doutrina nacional acerca da nomenclatura correta do princípio do equilíbrio contratual. Em que pese todos os autores se refiram a um mesmo princípio, veja-se, a título de exemplificação, que Antonio Junqueira de Azevedo (1998, p. 116) e Tereza Negreiros (2002, p. 154) fazem referência ao “equilíbrio econômico do contrato”, Rodrigo Toscano Brito (2007, p. p. 72-73) emprega, por vezes, tanto “equilíbrio contratual” quanto “equivalência material”, Antônio Pedro Medeiros Dias (2017, p. 46) se refere a “equilíbrio econômico das prestações”, dentre outros.

Sem o intuito de resolver tal celeuma, mas tão somente com vistas à padronização de nomenclatura, adotar-se-á, na presente dissertação, o termo “equilíbrio contratual” para se referenciar a tal princípio, adotando-se, ainda, as razões invocadas por Anderson Schreiber (2020, p. 65) para sustentar tal terminologia, as quais se fundamentam na necessidade de, diante na premência de se evitar interpretações tendenciosas, não empregar termos tais como “justiça social” e “justiça material dos contratos”, posto que não se trata de princípio direcionado para a redistribuição de riquezas, o qual autorizaria o intérprete reordenar, a seu próprio critério, as transferências patrimoniais de um dado contrato.

Feitas tais observações, o estudo do princípio do equilíbrio contratual deve se iniciar, naturalmente, pela análise do que se compreende por “equilíbrio contratual”. Já se expôs, em inúmeras oportunidades, que a noção de justiça imanente aos contratos, fundamentada, única e exclusivamente, na legitimidade e autoridade delegados à vontade, bem como na condição

de igualdade formal abstrata dos contratantes (ROPPO, 2009, p. 37), não mais se sustenta, razão pela qual é desnecessário discorrer novamente sobre o tema.

Todavia, foram os nefastos efeitos de tal concepção de justiça contratual que levaram, eventualmente, à necessária rediscussão acerca do equilíbrio contratual objetivo; não é por outra razão que Franz Wieacker, ao estudar as principais mudanças no direito alemão ao longo do século XX, demonstra que um dos principais acontecimentos fora o regresso das discussões acerca do princípio da equivalência material (WIEACKER, 2015, p. 599). Neste sentido, aponta que, após o desprezo do positivismo moderno pela equivalência material nos contratos - inclusive mediante a recusa expressa de inclusão da teoria da pressuposição, desenvolvida por Windscheid, no *BGB* -, em grande medida pela recusa do liberalismo em aceitar eventual relativização das obrigações por conta de alterações de valor de bens no mercado, a sociedade alemã fora tomada pelas dificuldades de desabastecimento e pelos primeiros ciclos inflacionários, todos decorrentes da Primeira Guerra Mundial, o que levou a jurisprudência a se voltar à questão da ética material dos contratos (WIEACKER, 2015, p. 599).

Posto isto, é certo que existem inúmeras tentativas de descrição do que representaria o verdadeiro equilíbrio entre as prestações de um contrato, não raramente com alusão ao critério de “comutatividade”. Neste sentido, destaca-se, como exemplo, a alusão feita por Álvaro Villaça Azevedo, com referência à Lei das XII Tábuas, às obrigações das partes contratantes que eram pesadas em uma balança, em praça pública e em pratos equidistantes, o que comprovaria a igualdade das prestações assumidas (AZEVEDO, 2003, p. 36). Refere-se, assim, à ideia de comutatividade como a de equilíbrio das prestações, representando a relação existente entre os ganhos e perdas para as partes em relação às obrigações assumidas:

Assim, a comutatividade nos contratos, é princípio essencial de Direito, porque exige a equivalência das prestações e o equilíbrio delas, no curso das contratações, pois, por ele, as partes devem saber, desde o início negocial, quais serão seus ganhos e seus perdas, importando esse fato a aludida equipolência das mencionadas prestações. (AZEVEDO, 2003, p. 36)

Por sua vez, Rafael Renner, se valendo de subsídios de Catherine Guelfucci-Thibierge, indica a existência de equilíbrio entre as prestações quando estas estiverem em grau razoável de adequação, a ser aferido mediante “proporção aritmética entre as proporções e pela composição simétrica da convenção”, de sorte que, a fim de se consagrar uma troca justa e em atenção aos preceitos da justiça comutativa, cada qual deverá receber o equivalente ao que entrega (RENNER, 2007, p. 55-56).

Contudo, Anderson Schreiber (2020, p. 68) aparenta trazer a definição mais completa e compreensiva sobre o tema, ao indicar que o equilíbrio se dirige, em suma, ao objeto do contrato, no qual não se incluem, apenas, a totalidade das prestações principais e acessórias, mas sim o todo do “complexo conjunto de direitos, faculdades, obrigações, ônus e outras situações jurídicas derivadas do contrato – direitos e obrigações em sentido *lato* -, com vistas a identificar o seu reflexo concreto sobre os contratantes” (SCHREIBER, 2020, p. 68).

O princípio do equilíbrio contratual se direciona, portanto, à análise da integralidade do objeto da avença, com ênfase em suas consequências econômicas para os contratantes, as quais se exprimem nos sacrifícios econômicos suportados e os benefícios econômicos auferidos pelas partes (SCHREIBER, 2020, p. 68).

Assim, se a noção de equilíbrio contratual se volta para a globalidade do objeto contratual, em análise direcionada para os sacrifícios e os benefícios reciprocamente decorrentes às partes, o princípio do equilíbrio contratual busca, em suma, evitar que qualquer contratante venha sofrer sacrifício econômico desproporcional como resultado do cumprimento das obrigações que compõe o contrato, de forma que em nada se confunde com uma equivalência ou igualdade absoluta entre prestações (SCHREIBER, 2020, p. 72).

A necessidade de observância – e, ao cabo, manutenção – do equilíbrio contratual decorre, em grande medida, de fenômeno há tempos já identificado e descrito por Clóvis do Couto e Silva em sua clássica obra: a obrigação, longe de ser um quadro estático, fixo e imóvel, é, ao revés, um processo dinâmico, composto de inúmeras fases e destinado a uma finalidade (SILVA, 2006, p. 20-21).

É, por tal razão, que cunhou a expressão “obrigação como processo”: uma série de atos relacionados entre si, sempre de forma interdependente, cujo vínculo obrigacional é polarizado e tendente à sua finalidade. A obrigação como processo é, em sentido *lato*, um conjunto de atividades necessárias para a satisfação do interesse do credor (SILVA, 2006, p. 20-21). Com a identificação de tal “processo” obrigacional, demonstra Clóvis do Couto e Silva a existência de uma “distância” a ser percorrida entre o primeiro e o último ato do processo: há uma primeira fase de nascimento e desenvolvimento dos deveres obrigacionais, e há uma segunda e última fase, do adimplemento (SILVA, 2006, p. 43).

A importância de se identificar tal processo dilatório das obrigações, cuja execução pode se protrair no tempo, reside na compreensão do quão importante é a manutenção do equilíbrio do contrato ao longo do processo obrigacional. Judith Martins-Costa leciona, neste sentido, que duas características intrínsecas aos contratos, quais sejam, a comutatividade e a temporalidade – este último aspecto compreendido como a inserção dos contratos no tempo e

a sujeição aos seus efeitos – podem, eventualmente, vir a se apresentar como antagônicas, na medida em que o transcorrer do tempo pode submeter o contrato à superveniência de eventos não previstos pelas partes, ferindo o equilíbrio original da relação contratual (MARTINS-COSTA, 1991, p. 41).

Tais desequilíbrios contratuais, cuja ocorrência o princípio do equilíbrio contratual visa coibir, podem ocorrer em diferentes momentos⁸² da relação contratual, o que enseja classificações – e aplicação de regras - distintas a depender do momento de seu surgimento: o desequilíbrio contratual contemporâneo ao surgimento do contrato, ou seja, existente já no momento de sua formação, denomina-se originário ou genético, ao qual se aplicam as regras relativas aos institutos do estado de perigo (art. 156 do CC) ou da lesão (art. 157 do CC); e o desequilíbrio contratual surgido posteriormente, após a formação do contrato e durante o transcurso da obrigação, o qual se denomina de superveniente ou funcional e ao qual se aplicam as regras de revisão e resolução por onerosidade excessiva (arts. 317 e 478 a 480 do CC) (SCHREIBER, 2020, p. 71-72).

Ademais, a desproporção tutelada pelo princípio do equilíbrio contratual, além de poder ser vista sob a ótica temporal, pode, ainda, ser analisada quanto a seus efeitos. Como já visto, é certo que o objeto de tutela de tal princípio reside na globalidade das prestações existentes em um contrato, de forma a sopesar os diversos deveres e direitos atribuídos para as partes e os respectivos sacrifícios e benefícios econômicos resultantes.

Há hipóteses na qual o sacrifício econômico suportado pode ser constatado como desproporcional ao benefício auferido, o qual se denomina “desequilíbrio contratual vertical”, conquanto aferido mediante a comparação entre as dimensões econômicas dos direitos e obrigações reciprocamente contratados (SCHREIBER, 2020, p. 69-70). Caso se constate, contudo, que o sacrifício econômico inicialmente suportado se agrava ao longo do tempo, isto é, este sacrifício se aprofunda do momento de formação do contrato até o de sua execução, estar-se-á diante de um caso de desequilíbrio contratual horizontal⁸³ (SCHREIBER, 2020, p. 70).

Até aqui, pretendeu-se demonstrar, em um primeiro momento, o objeto da tutela do princípio do equilíbrio contratual, a relação do tempo com o contrato e os seus desequilíbrios, bem como as formas pelas quais esses desequilíbrios podem se apresentar, de forma que já é

⁸² Razão pela qual se destaca, novamente, a importância da obra de Clóvis do Couto e Silva (2006), a qual insere, por excelência, o debate acerca do desenvolvimento das obrigações ao longo do tempo.

⁸³ Destaque-se que o desequilíbrio vertical incide sobre contratos com direitos e obrigações recíprocos, isto é, bilaterais, haja vista que a desproporção do sacrifício é estabelecida em cotejo com o respectivo benefício auferido, ao passo e que o desequilíbrio horizontal também pode incidir sobre contratos unilaterais (SCHREIBER, 2020, p. 70).

possível indicar a conceituação adotada na presente dissertação para o princípio do equilíbrio contratual, o qual busca manter “um controle de proporcionalidade de caráter interno e objetivo (econômico) do contrato” (SCHREIBER, 2020, p. 73). Considerando, assim, que um princípio é uma norma que deve ser realizada na maior medida do possível, tem-se que o princípio do equilíbrio contratual destina-se a concretizar e assegurar, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, o maior grau possível de equilíbrio objetivo entre os direitos e obrigações decorrentes de um determinado corpo contratual.

Há, contudo, um segundo ponto digno de análise que decorre, diretamente, da constatação da existência de um princípio do equilíbrio contratual. A análise do conteúdo do próprio contrato, focada em seu objeto, supera, inevitavelmente, a concepção liberal-voluntarística clássica do direito moderno, cujo parâmetro de justiça se pautava por critérios abstratos e formais, notadamente a remissão artificial ao acordo originário de vontades (SCHREIBER, 2020, p. 75).

Tal acepção volitiva da justiça contratual, entendida como uma noção de equilíbrio subjetivo do contrato, se fundava na percepção individual dos contratantes acerca do conteúdo do acordo celebrado, resolvendo-se eventuais dilemas mediante a solução simplista de que, à época da contratação, as partes teriam aceitado as condições econômicas estipuladas, de sorte que qualquer interferência em seu conteúdo por agentes externos – tais como o Poder Judiciário – representaria indevida ingerência sobre os pactos (RENNER, 2007, p. 74-75).

Esta acepção de equilíbrio puramente subjetivo é, contudo, incompatível com a atual principiologia constitucional brasileira. Admitir a intangibilidade do conteúdo contratual objetivamente desequilibrado representaria, em última instância, reeditar antigos e já superados espaços de imunidade da finada autonomia da vontade, a qual cedeu espaço para uma acepção contemporânea de autonomia privada funcionalizada⁸⁴, tema este já explorado anteriormente:

Referido caminho apresenta algumas desvantagens relevantes. Primeiro, conduz à necessária admissão de um espaço de arbítrio entre os contratantes, que, à falta de demonstração de um vício ou falha da vontade, restariam livres para estabelecer relações desequilibradas justificadas tão somente pelo exercício de uma vontade “sem razão”. Daí deriva, na prática, uma impossibilidade de controle judicial, ou, em outras palavras, uma genuína imunidade, na medida em que toda e qualquer controvérsia relativa ao desequilíbrio objetivo do contrato resta pré-excluída pela consagração de uma relação subjetivamente estabelecida que, dispensando justificativa

⁸⁴ É por tal razão que Anderson Schreiber afirma, corretamente, que o princípio do equilíbrio contratual não se trata de mero limite externo à autonomia privada, mas assume, isto sim, verdadeiro papel redimensionador da própria liberdade contratual, definindo a forma pela qual tal liberdade poderá ser considerada como condizente com o ordenamento jurídico e, conseqüentemente, digna de tutela (SCHREIBER, 2002, p. 77).

adicional à simples manifestação de vontade, impede qualquer avaliação pelo juiz – visto nesse contexto, como “um estranho” à relação contratual. (SCHREIBER, 2020, p. 81-82).

Por fim, tal equilíbrio de ordem subjetiva reconduziria à incorreta presunção de que todos os elementos contratuais, atuais e futuros, teriam sido considerados pelas partes e assumidos enquanto risco contratual, salvo eventual demonstração que determinado fato seria “imprevisível” (SCHREIBER, 2020, p. 82-83) – critério este utilizado pela resolução por onerosidade excessiva no Código Civil brasileiro, mas não no Código de Defesa do Consumidor.

São tais razões que justificam e comprovam que a única acepção de equilíbrio contratual constitucionalmente aceitável se trata do equilíbrio objetivo do contrato, cujo objetivo precípua é o de evitar que qualquer contratante sofra sacrifício econômico desproporcional decorrente do cumprimento de suas obrigações (SCHREIBER, 2020, p. 72), de forma que não basta a mera presença do consenso para a formação do sinalagma, mas sim a correta interrelação entre prestações e a alteração nas respectiva situação patrimonial dos contratantes.

Observado eventual descompasso em tal relação patrimonial – caracterizado pelo agravamento dos sacrifícios econômicos suportados, seja vertical ou horizontalmente -, haverá a necessidade de reestabelecimento do equilíbrio anterior do contrato⁸⁵ (RENNER, 2007, p. 72), vez que o princípio do equilíbrio contratual, ao redimensionar a própria noção de liberdade de contratar, introduz, no ordenamento jurídico brasileiro, de forma definitiva, o controle de proporcionalidade sobre o conteúdo dos contratos, coibindo os desequilíbrios originário e superveniente (SCHREIBER, 2020, p. 86).

3.3.1 O princípio do equilíbrio contratual no Código de Defesa do Consumidor

A promulgação da Constituição Federal de 1988, conforme já demonstrado, redimensiona e funcionaliza a atual concepção de autonomia privada à tábua axiológica constitucional, finalizando processo de retirada da centralidade do Código Civil enquanto “Constituição” do direito privado (TEPEDINO, 2006a, p. 41), na exata medida em que os textos constitucionais passam a prever disposições normativas anteriormente relegadas aos Código. De forma ampla, a propriedade, a família e o contrato, pilares do direito privado, passam a receber nova leitura, oriunda da centralidade da Constituição e do consequente

⁸⁵ Naturalmente, o “reestabelecimento de equilíbrio anterior” é critério que parece fazer mais sentido quando relacionado com o desequilíbrio funcional ou superveniente dos contratos, considerando que o desequilíbrio originário ou genético já surge maculado por tal desproporção.

deslocamento da racionalidade dos institutos do patrimônio para a dignidade da pessoa humana (FACHIN, 2015, p. 51).

Ademais, há a intensificação, após a Constituição de 1988, do processo de edição de normas especiais e esparsas, as quais subtraem setores inteiros da atividade privada, com o intuito de garantir objetivos sociais e econômicos constitucionalmente previstos. Tais leis extravagantes, apontadas por Gustavo Tepedino como “estatutos”, são diplomas que não se limitam exclusivamente a regulamentar o direito substantivo, material, mas introduzem disposições processuais, normas administrativas, tipos penais específicos e, até mesmo, princípios interpretativos, criando verdadeiro arcabouço normativo para tais temas (TEPEDINO, 2006a, p. 42-43)⁸⁶.

Neste sentido, destaca-se a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), os quais são leis especiais representativas do espírito do “novo” direito privado inaugurado após a Constituição Federal de 1988. Editadas após a promulgação da Constituição, são leis imbuídas de forte sentido de valorização da pessoa humana, na medida em que, atentas ao pluralismo constitucional brasileiro (art. 1º, inciso V, da Constituição), dão tratamento e proteção específicos a novos sujeitos de direito, cuja diferenciada condição subjetiva é, exatamente, o que justifica sua proteção especial (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 104-105). São exemplos claros neste sentido o consumidor, a criança e o adolescente.

Vê-se assim que, se o jusracionalismo da modernidade imaginava uma “sociedade perfeitamente homogeneizada em indivíduos iguais [...] garantido por um ‘direito igual’, dirigido a indivíduos indiferenciados” (HESPANHA, 2012, p. 301) – igualdade artificial esta que, em tese, se prestava a abolir os privilégios e as discriminações legais existentes no pretérito *Ancien Régime* (ROPPO, 2009, p. 35) -, a atual cultura constitucional brasileira, com fulcro na igualdade substancial e na dignidade humana, autoriza tratar desigualmente os desiguais, notadamente aqueles sujeitos considerados vulneráveis⁸⁷ (MARQUES;

⁸⁶ Tal fragmentação do direito privado, contudo, não é capaz de levar ao fracionamento do ordenamento jurídico, premissa esta que aqui se adota. Tal se dá, pois a crescente complexidade do ordenamento, marcada especialmente pela pluralidade de fontes normativas, não é capaz de desatar a unificação do sistema, a qual encontra seu fundamento e sua fonte de harmonização na Constituição Federal e em sua tábua axiológica (TEPEDINO, 2009b, p. 28). Neste sentido, destaque-se que a teoria do diálogo das fontes, tal como desenvolvida por Erik Jayme e ulteriormente aprofundada, no direito pátrio, por Cláudia Lima Marques, se fundamenta nas premissas de unidade e coerência do ordenamento jurídico, com fulcro nos valores constitucionais, o que impõe a existência de contínuo diálogo entre leis gerais e especiais (MARQUES, 2020, p. 25).

⁸⁷ Frisam Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem (2012, p. 117), em essência, que a noção de “vulnerabilidade” assume, no direito, sentido de um “estado inerente de risco”, caracterizado pela fragilização e o enfraquecimento do sujeito de direitos, o que acaba por desequilibrar eventual relação jurídica da qual faça parte. O conceito de vulnerabilidade não se trata, ainda, do fundamento de eventuais regras protetivas, mas sim

MIRAGEM, 2012, p. 114-115), a fim de que seja construída verdadeira malha de proteção para sua condição social.

Dentre tais estatutos, o Código de Defesa do Consumidor se destaca com especial interesse devido à sua relevância para a configuração do atual paradigma contratual brasileiro, mormente quando se considera que sua vigência antecedeu, em mais de uma década, o Código Civil de 2002.

Em decorrência da maciça industrialização da economia mundial operada no século XX, toma lugar verdadeiro processo de massificação das relações contratuais, a qual fora viabilizada, em grande medida, pela adoção dos chamados contratos de massa⁸⁸ - dentre os quais se incluem os contratos de adesão, as condições gerais dos contratos e os contratos do comércio eletrônico com consumidores (MARQUES, 2016, p. 72) -, os quais são, atualmente, os principais instrumentos de conclusão contratual, dominando quase todos os setores da vida privada (MARQUES, 2016, p. 73).

Ao se cotejar tal forma “contemporânea” de contratação de massa com a acepção clássica dos contratos paritários, não é incomum que se encontre o debate, na literatura, acerca da existência de “crises da teoria contratual”. Se, de fato, não soa plausível se falar em decadência, desaparecimento ou substituição dos contratos por outro instituto qualquer (TARTUCE, 2007, p. 44-45), mais crível é a indicação da crise de um dado modelo contratual, notadamente o modelo clássico, quando comparado com o modelo dos contratos

da explicação de tais regras, sendo “noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da Igualdade e da Justiça equitativa” (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 117).

⁸⁸ Se a teoria contratual clássica pressupunha a contratação por sujeitos em condição de igualdade – ainda que tivessem sido artificialmente alçados a tal condição, como exigência da máxima da igualdade formal então predominante -, os contratos concluídos pelas partes seriam classificados como paritários, cujas cláusulas haveriam sido acordadas individualmente por sujeitos em condição de igualdade de negociação (MARQUES, 2016, p. 71-72). Todavia, a produção e distribuição de bens em grande quantidade na sociedade de consumo resultou em inevitável despersonalização das relações contratuais, cujos instrumentos de negociação, estandardizados, são compostos de conteúdo homogêneo, com previsão de esquemas contratuais e complexo de cláusulas uniformes, podendo ser utilizados com número infundável de consumidores (MARQUES, 2016, p. 72-73). Em que pese os inúmeros benefícios resultantes de tal técnica contratual para a parte elaboradora do instrumento, em especialmente a racionalização e a economia resultantes para a atuação empresarial, é certo que tais modalidades contratuais representam, no mais das vezes, substancial restrição da liberdade contratual da parte aderente, sujeita à imposição unilateral de cláusulas pela parte contratante detentora de maior poderio econômico (ROPPO, 2009, p. 316-317). É exemplo comum de tal técnica de massificação contratual o fenômeno largamente observado nas relações de consumo dos chamados contratos de adesão, nos quais as cláusulas são “preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o contrato escrito” (MARQUES, 2016, p. 78).

de adesão (NEGREIROS, 2002, p. 363), pois não mais tutelava, com satisfação, a nova realidade socioeconômica apresentada no século XX (MARQUES, 2016, p. 164)⁸⁹.

Não é por outra razão que, na realidade brasileira, a primeira e substancial adaptação da teoria contratual às novas exigências protetivas para a sociedade de consumo viria por exigência constitucional, posto que a Constituição Federal de 1988 inclui, dentre seu rol de direitos e garantias fundamentais, a proteção ao consumidor (art. 5º, inciso XXXII, da Constituição)⁹⁰, além de arrolar sua defesa enquanto princípio da ordem econômica constitucional (art. 170, inciso V, da Constituição)⁹¹ e incumbir o Poder Legislativo da tarefa de, dentro do prazo de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborar o Código de Defesa do Consumidor (art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias)⁹².

A proteção do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro assume, portanto, vetor constitucional, consistindo em verdadeira limitação à autonomia da vontade a incidir sobre o predatório mercado de consumo, além de positivar a presunção da existência de desigualdade material, formal, econômica e informativa entre os sujeitos da relação de consumo (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 149).

Por sua vez, o reconhecimento de que o mercado não oferece mecanismos próprios ou naturais para a mitigação ou superação de tais vulnerabilidades exige que, em contrapartida, a intervenção estatal seja suficientemente presente em tais relações jurídicas desequilibradas, a qual somente pode ser efetivada por um tratamento legislativo amplo, sistemático e dinâmico, como forma de se atingir a proteção integral do consumidor. Neste sentido, ensinam Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin:

Por ter a vulnerabilidade do consumidor diversas causas, não pode o Direito proteger a parte mais fraca da relação de consumo somente em relação a alguma ou mesmo a algumas facetas do mercado. Não se busca uma tutela manca do consumidor. Almeja-se uma proteção integral, sistemática e dinâmica. E tal requer o regramento de todos os aspectos da relação de consumo, sejam aqueles pertinentes aos próprios produtos e serviços, sejam

⁸⁹ É digna de nota, contudo, a observação de Cláudia Lima Marques (2016, p. 167-168), a qual aponta que foi tal crise contratual – que, em verdade, seria uma crise do dogma da autonomia da vontade – que acarretou um fecundo desenvolvimento da teoria contratual, com a criação de novos tipos contratuais, tais como *leasing*, *franchising*, *factoring*, dentre outros, demonstrando a maleabilidade do instituto. Tal fato não deixa de reafirmar a já clássica lição de Enzo Roppo, de que não existe, em verdade, uma essência histórica do contrato, senão as variedades de suas formas históricas e de suas concretas transformações (ROPPO, 2009, p. 348).

⁹⁰ “Art. 5º. [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;” (BRASIL, 1988).

⁹¹ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V – defesa do consumidor;” (BRASIL, 1988). Conforme leciona Eros Roberto Grau, tamanha é a relevância de tal disposição normativa que, em verdade, esta passa a ter caráter conformador da ordem econômica nacional, de sorte que devem, inclusive, ser adotadas medidas de caráter interventivo do Estado para sua efetivação (GRAU, 2015, p. 249).

⁹² “Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.” (BRASIL, 1988).

outros que se manifestam como verdadeiros instrumentos fundamentais para a produção e circulação destes mesmos bens: o crédito e o *marketing*. [...]

Toda e qualquer legislação de proteção ao consumidor tem, portanto, a mesma *ratio*, vale dizer, reequilibrar a relação de consumo, seja reforçando, quando possível, a posição do consumidor, seja proibindo ou limitando certas práticas de mercado. (GRINOVER *et al.*, 2011, p. 4-5).

Não é de se surpreender que, diante da necessidade de se tutelar a vulnerabilidade do consumidor em suas mais diversas facetas, conte o Código de Defesa do Consumidor com extensa horizontalização temática, abarcando normas de natureza material, processual, penal e administrativa. Na seara contratual, por exemplo, tal especialização normativa é particularmente evidente, na medida em que apresenta, de forma até então inovadora no ordenamento jurídico brasileiro, uma concepção social dos contratos (MARQUES, 2016, p. 216).

Neste sentido, o CDC redimensiona os limites da autonomia privada nos contratos de consumo⁹³, reduzindo e limitando os espaços reservados para o autorregramento dos interesses particulares mediante normas imperativas e cogentes, características estas que são atribuídas a todo o seu corpo normativo (art. 1º do CDC) (MARQUES, 2016, p. 217-219).

Em termos principiológicos e mesmo em relação ao dirigismo contratual, o Código de Defesa do Consumidor trouxe enormes modificações ao direito privado nacional, distanciando-se, em grande medida, do Código Civil de 1916 – diploma essencialmente patrimonialista, sendo fruto espiritual do Código Napoleônico e do *BGB* -, embora tais diferenças tenham sido substancialmente mitigadas com a edição do Código Civil atual (TARTUCE, 2007, p. 105).

Tal aproximação principiológica também é observada por Cláudia Lima Marques, a qual sustenta que o Código Civil de 2002 traz, para o direito privado em geral, alguns dos princípios já positivados e inaugurados pelo CDC, tais como a função social dos contratos (art. 421 do CC) e da boa-fé objetiva (art. 422 do CC), inexistindo a possibilidade de conflitos principiológicos entre as duas leis, as quais, fundadas nas noções de igualdade e equidade, são destinadas a garantir a harmonia nas relações privadas em geral (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2016, p. 46).

⁹³ A caracterização de determinado contrato como de “consumo”, com a consequente atração do regramento especial do CDC, decorre, em essência, da presença de um consumidor, qual seja, pessoa física ou jurídica que adquire serviços ou produtos, os utiliza na qualidade de destinatário final, é vítima de fato do produto ou do serviço ou é exposta às práticas comerciais dos fornecedores, tais como de oferta de produtos ou serviços (arts. 2º, 17 e 29 do CDC). Por sua vez, fornecedor é a pessoa física ou jurídica que monta, produz, cria, constrói, comercializa, dentre outras atividades, estes mesmos produtos ou serviços (art. 3º do CDC).

Dito isto, as normas trazidas pelo CDC concretizam, em inúmeras regras, os já expostos princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, aos quais se aliam, ainda, aos princípios do equilíbrio das prestações e ao da vulnerabilidade (TEPEDINO, t. 2, 2006c, p. 129).

Há de se reconhecer que, desde sua edição na década de 90, o CDC introduziu, efetivamente e de forma inovadora, o princípio do equilíbrio contratual no ordenamento jurídico brasileiro, viabilizando o controle, nos contratos de consumo, de seu conteúdo e da equidade de suas cláusulas (MARQUES, 2016, p. 1003-1004). Entende, assim, que há a revitalização da importância da comutatividade das prestações, valorizando a proporcionalidade dos direitos, deveres, condutas e prestações nos contratos sinalagmáticos, tudo em detrimento dos excessos do individualismo outrora predominante (MARQUES, 2016, p. 292).

Tal princípio encontra-se positivado, no CDC, especialmente em seus artigos 4º, III⁹⁴, inserido do capítulo atinente à Política Nacional e Relações de Consumo e que busca a harmonização dos interesses de consumidores e fornecedores - cujo texto normativo também prevê, expressamente, o princípio da boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor (MARTINS-COSTA, 2002, p. 640) -, e 6º, V⁹⁵, o qual integra o rol de direitos básicos do consumidor (RODRIGUES JUNIOR, 2006, p. 205).

Veja-se que o próprio art. 6º, V, do CDC, além de constituir fundamento do princípio do equilíbrio contratual no diploma consumerista, disciplina, em suma, duas modalidades de desequilíbrio contratual, ao passo em que oferece soluções revisionistas a possibilitarem o reequilíbrio econômico dos contratos de consumo:

A primeira de natureza congênita (“... cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais”), em certa medida comparável à teoria do erro (Achile Giovenne), uma vez que trata de lesão objetiva inicial. A segunda (revisão em razão de situação que torne a cláusula por cumprir excessivamente onerosa) como resultante da alteração da base econômica do pacto, provocada por acontecimento posterior à vinculação (execução diferida), campo que, equivocadamente, tem sido aceito como o grande espaço aberto no Código de Defesa do Consumidor para a consagração legislativa da teoria da imprevisão. (BORGES, 2002, p. 386)

⁹⁴ “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;” (BRASIL, 1990).

⁹⁵ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;” (BRASIL, 1990).

A primeira parte do dispositivo, assim, atribui expressa autorização para que o juiz modifique cláusulas contratuais que, no momento da conclusão dos contratos, estabelecem prestações desproporcionais, disposição esta que positiva, no CDC, o instituto da lesão (MARTINS-COSTA, 2002, p. 646), modalidade de desequilíbrio contratual originário ou genético. Assim, uma vez analisada a totalidade do contrato – e não somente as prestações principais – Judith Martins-Costa afirma a possibilidade de que o juiz venha a modificar as prestações mediante a nulificação da cláusula lesionária, vício este que afeta a validade do negócio (MARTINS-COSTA, 2002, p. 647).

Contudo, é importante destacar que Nelson Borges (2002, p. 387) entende que tal modificação deverá resultar na adaptação da cláusula que seja objeto do pedido revisional, ajustando-a à realidade econômica vigente e corrigindo o desequilíbrio, ao fim, mediante a fixação de novos valores, condições e demais aspectos necessários para o reestabelecimento da justiça comutativa no contrato maculado.

A parte final do dispositivo, contudo, faz menção a uma segunda modalidade revisional, autorizada pela ocorrência de desequilíbrio contratual causado por fatos supervenientes e que venham a tornar as prestações excessivamente onerosas. Conforme já destacado anteriormente, o reconhecimento de que as obrigações possuem caráter “processual”, isto é, se protraem no tempo nas fases de nascimento do contrato e de seu adimplemento – especialmente nos contratos de duração -, sujeita a sua existência a interferências de fatores externos, os quais podem levar uma prestação, ao longo da existência do contato, a se apresentar excessivamente onerosa em relação ao sacrifício econômico aferido no momento da conclusão do contrato. Tal fato, na sistemática do art. 6º, V, do CDC, também é apto a ensejar a revisão e o reequilíbrio econômico do contrato (MARTINS-COSTA, 2002, p. 648).

Ressalta-se que a parte final do art. 6º, V, do CDC, em que pese a sua referência aos requisitos de “fatos supervenientes” e “onerosidade excessiva”, em nada se confunde com a resolução por onerosidade excessiva prevista no Código Civil (artigos 317 e 478-480), comumente referida como Teoria da Imprevisão, conforme exhaustivamente criticado e demonstrado por Nelson Borges (2002, p. 385-408). Tais críticas e a respectiva diferenciação entre as teorias adotadas pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor serão estudadas mais à frente, em tópico apropriado.

Afora tais dispositivos, é comum a referência ao princípio do equilíbrio contratual, ainda, no rol previsto no art. 51 do CDC, o qual detém diversas cláusulas consideradas nulas

de pleno direito – ou seja, cuja nulidade poderá ser reconhecida até *ex officio* pelo Poder Judiciário -, costumeiramente denominadas de “cláusulas abusivas”, vez que conferem vantagens unilaterais ou exageradas para o fornecedor, sempre em detrimento ao consumidor, ou por serem incompatíveis com a boa fé e a equidade. A livre manifestação da vontade das partes não é mais, portanto, fator decisivo para a correção e validade do contrato, sendo que os valores do CDC – boa-fé objetiva e equilíbrio contratual – são superiores na proteção dos legítimos interesses e das expectativas dos consumidores (MARQUES, 2016, p. 1004).

Neste sentido, toma destaque para o presente debate o inciso IV do art. 51 do CDC, o qual prevê que a nulidade daquelas cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (BRASIL, 1990). Na medida em que as normas contidas no art. 51 do CDC são cogentes, há de se reconhecer que o equilíbrio contratual consumerista é, também, alçado à mesma condição de cogência normativa; desta feita, a tutela do desequilíbrio contratual não se trata de fato excepcional, a depender de abuso de poderio econômico ou passível de ser sanado pelo aceite consciente do consumidor. A mera presença de vantagem excessiva do fornecedor ou de abusividade em dada cláusula contratual, por exemplo, são suficientes para sua nulificação, vez que patentemente contrária à ordem pública (MARQUES, 2016, p. 1004-1005).

Adotando o critério “desvantagem exagerada” (art. 51, IV, do CDC), pretende o CDC explicitar, por outro lado, o que entende ser o conceito diametralmente oposto, mas imediatamente correlacionado, da “vantagem exagerada” (art. 51, §1º, III, do CDC), o qual descreve como a vantagem que “se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso” (BRASIL, 1990). João Batista de Almeida entende que os conceitos de “desvantagem exagerada” do consumidor e “vantagem excessiva” do fornecedor, analisados em conjunto, guardariam correlação com o instituto da lesão, tal como previsto no art. 157 do Código Civil⁹⁶ (2005, p. 240).

Todavia, Nelson Borges entende como indevida a inversão de termos realizada entre os artigos 51, IV e 51, §1º, III, do CDC. Se, por um lado, o art. 51, IV, do CDC, elenca como abusivas eventuais cláusulas que coloquem o consumidor em situação de desvantagem exagerada, de forma a proteger o consumidor que se veja em situação desfavorável em eventual negociação, o art. 51, §1º, III do CDC, deveria ter se encarregado de explicitar o que

⁹⁶ “Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.” (BRASIL, 2002).

exatamente entende por “desvantagem exagerada” (BORGES, 2002, p. 388-389). Assim, ao mencionar uma “vantagem que se mostre excessivamente onerosa para o consumidor”, haveria verdadeira contradição em termos no CDC, na medida em que a excessiva onerosidade jamais poderia se apresentar como vantagem para o consumidor. O desequilíbrio contratual caracterizador de desvantagem que seria, em verdade tutelável, e jamais a vantagem (BORGES, 2002, p. 389-390).

O que se pretendeu demonstrar no presente tópico, de forma ainda que breve, é que o CDC, inspirado pela nova principiologia constitucional, adota expressamente o princípio do equilíbrio contratual, o qual também permeia as inúmeras regras de revisionais ou nulificadoras contidas em seu texto, tutelando tanto as hipóteses de desequilíbrio originário quanto que superveniente. Com o CDC, portanto, os contratos identificados como de consumo passam a ter seu equilíbrio, conteúdo ou equidade controlados, valorizando-se seu sinalagma e garantindo a observância de uma nova noção de equilíbrio mínimo das relações contratuais (MARQUES, 2016, p. 289).

3.3.2 O princípio do equilíbrio contratual no Código Civil

Narrou-se, no tópico *supra*, que, após a edição da Constituição de 1988, privilegiou-se a edição normas esparsas de direito privado, alçadas à condição de verdadeiros estatutos, em detrimento do outrora monumental e centralizador Código Civil de 1916, na medida em que o próprio direito civil pátrio deslocou sua preocupação central da mera garantia das “regras do jogo” e da estabilidade das normas privadas para a garantia de objetivos sociais e econômicos do Estado, em especial daqueles constitucionalmente previstos (TEPEDINO, 2006a, p. 42).

Todavia, tal processo de descentralização normativa, a qual se deu progressivamente ao longo de todo o século XX, não significou, necessariamente, o abandono total da ideia de um novo Código Civil ou mesmo das iniciativas reformistas que buscaram, inicialmente sem sucesso, a aprovação de um novo projeto de Código. Giordano Bruno Soares Roberto (2003, p. 75-85) aponta ao menos duas tentativas infrutíferas⁹⁷ de redação de um novo projeto de

⁹⁷ Neste sentido, indica-se que o governo brasileiro, logo no início da década de 1940, já havia encomendado a elaboração de um novo projeto de Código Civil para substituição do então Código de 1916. Encabeçado por Orozimbo Nonato, Filadelfo Azevedo e Hahnemann Guimarães, seu projeto, além de buscar a proteção extremada da boa-fé, pretendia a unificação das obrigações civis e mercantis, o qual, contudo, sofreu fortes críticas por atentar contra o sistema de um único Código que abrangesse toda o direito civil (SOARES, 2003, p. 77). A segunda tentativa por sua vez, contou com a escolha de dois dos maiores civilistas brasileiros do século passado, Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira, os quais, respectivamente, elaborariam o Código Civil e o Código das Obrigações. Não obstante, tal proposta, em que pese a notável técnica e qualidade jurídicas, sofreu forte resistência dos operadores do direito em relação à proposta de fragmentação da legislação civil – opção legislativa esta criticada pelo próprio Orlando Gomes -, o que resultou, após sua entrega à Presidência da República em 1965, em sua retirada sem sequer submissão à votação (SOARES, 2003, p. 77-79).

Código Civil brasileiro, as quais precederam o terceiro e último projeto elaborado, coordenado por Miguel Reale a partir de 1967 e que se arrastaria pelo restante do século XX.

Questão digna de menção a respeito da comissão indicada e coordenada por Miguel Reale é relativa à própria composição dos juristas indicados para atuar nos trabalhos de elaboração do projeto, com destaque à respectiva subdivisão dos trabalhos: José Carlos Moreira Alves⁹⁸ fora encarregado da elaboração da parte geral do Código; Agostinho Alvim, do direito das obrigações; Silvio Marcondes, do direito de empresa; Erbert Chamoun, do direito das coisas; Clóvis do Couto e Silva, do direito de família; e Torquato Castro, do direito das sucessões (SOARES, 2003, p. 80). Tal composição, tal como indicada por Reale, buscou, a um só tempo, atender a critérios técnicos, prevenir “acusações de bairrismo” – veja-se que os juristas da comissão são provenientes tanto do nordeste, do centro quanto que do sul do país -, e, na prática, incluir juristas com uma concepção culturalista⁹⁹ do direito, muito embora alguns membros não tenham desenvolvido trabalhos no mesmo sentido que o de Miguel Reale (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p. 42-43).

Após sua conclusão e primeira publicação em 1972, narra Giordano Bruno Soares Roberto (2003, p. 82-83), que o projeto de Reale sofreu inúmeras críticas, inclusive de Caio Mário da Silva Pereira, encarregado do projeto do Código de Obrigações anteriormente infrutífero. Após a incorporação de inúmeras emendas, o projeto ora novamente publicado em 1973, sendo remetido, em 1975, para a Câmara dos Deputados, onde sofreu novas e substanciais alterações até sua aprovação pela Câmara em 1983. Fora, contudo, após o envio do projeto aprovado ao Senado em 1984 que, diante das perspectivas de elaboração de uma nova Constituição, interrompeu os trabalhos sobre o novo Código Civil, o qual fora abandonado até a abrupta retomada de seus trabalhos e posterior aprovação em 2001,

⁹⁸ José Carlos Moreira Alves elaborou, inclusive, obra a respeito dos subsídios históricos da parte geral do Código Civil de 2002, “A Parte Geral de do Projeto de Código Civil Brasileiro” (2003), na qual apresenta os inúmeros debates e alterações realizadas até a aprovação da versão definitiva adotada no Código e vigor. Para estudo da totalidade dos trabalhos legislativos até a aprovação do Código, recomenda-se consulta à segunda edição da obra, datada de 2003, já que sua primeira edição data de 1986, conforme destacou o próprio autor (ALVES, 2003, p. IX).

⁹⁹ O estudo da obra de Miguel Reale, em especial sua perspectiva culturalista das ciências humanas e, sobretudo, do direito, é tema que foge dos escopos da presente dissertação. Todavia, a título de menção, a corrente culturalista de pensamento se vale da noção de “cultura” como elemento central nos domínios das ciências humanas (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p. 2), e cujos pressupostos metodológicos se assentam nas noções de dialética de complementaridade, ontognoseologia e conhecimento conjetural (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p.). Para uma visão geral do pensamento culturalista desenvolvido na obra de Miguel Reale e, em especial, sua relação com os fundamentos do Código Civil de 2002, remetemos à obra de Judith Martins-Costa e Gerson Branco, “Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro” (2002).

sofrendo inúmeras emendas com o intuito de adequar-lhe à nova Constituição¹⁰⁰ aprovada em 1988 (SOARES, 2003, p. 83-84), sendo sancionado em 10 de janeiro de 2002.

É certo que a recepção do novo Código Civil não fora igualmente alvissareira por todos os juristas ou operadores do direito. Inúmeras críticas foram realizadas acerca do novo Código, por vezes adjetivando-o de interventor, retrógrado e totalitário; por vezes, questionando sua atualidade, criticando a adoção de teorias consagradas na dogmática dos anos 1950 e 1970; por vezes, questionando seu caráter recodificador e unificador, em um contexto pós-moderno de fragmentação e descodificação (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 81-83). Em perspectiva crítica, concluem Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem que o saldo final da aprovação do Código Civil de 2002 era, ainda em 2012 – portanto, quase dez anos após o início de sua vigência -, incerto:

O resultado final, da introdução deste Código Civil intervencionista - para muitos, totalitário, para muitos, potencializador da obra criativa da jurisprudência – em um sistema já altamente descodificado e narrativo, um ordenamento jurídico brasileiro cujo centro científico desde 1988 é a Constituição Federal, humanista, aberta e plural, e com uma magistratura dividida entre conservadores e juízes altamente ativistas, ainda está em aberto. Sendo assim, podemos recorrer ao Código de Defesa do Consumidor de 1990 (Lei 8.078/1990), que possui os mesmos princípios e quase as mesmas cláusulas gerais do Código Civil de 2002 para explicar a prática da interpretação dos contratos no direito brasileiro. (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 84)

Independentemente de tais observações, e longe de se pretender fazer um balanço crítico dos avanços e retrocessos resultantes da vigência do Código Civil de 2002 no ordenamento jurídico brasileiro, há a necessidade de se compreender as diretrizes operativas adotadas pelo Código¹⁰¹, mormente por sua aplicação geral a todas aquelas relações jurídicas

¹⁰⁰ Importante frisar, contudo, que Miguel Reale discordava da necessidade de se aguardar a edição da nova Constituição para, ai sim, proceder na aprovação do novo Código Civil, sob a justificativa de se verificar as consequências do novo texto constitucional no plano da lei civil. Em obra datada de 1986, na qual avalia a então situação do projeto do Código Civil – lembrando-se que, em tal ano, o projeto já se encontrava paralisado no Senado, após sua aprovação pela Câmara dos Deputados -, Reale sustenta tal posição mencionando a continuidade da vigência dos Códigos Civis alemão, italiano ou português, mesmo após radicais alterações nos domínios de seu direito público (REALE, 1986, p. 5). Tal posição, contudo, não parece prosperar. Há de se lembrar que, de fato, a edição da Constituição Federal de 1988 alterou substancialmente o direito privado nacional, retirando a centralidade clássica do Código Civil enquanto centro do ordenamento jurídico, além de apresentar tábua principiológica radicalmente distinta da que vigorava no país até então, o que, inclusive, ensejou inúmeras emendas no projeto em trâmite da lei civil. Se o próprio Código Civil, após sua sanção, sofreu duras críticas por ser, possivelmente, anacrônico, imagina-se que tais críticas seriam substancialmente aprofundadas caso sua aprovação se desse em momento anterior ao da já incipiente Constituição de 1988.

¹⁰¹ Para um panorama das diretrizes fundamentais adotadas por Miguel Reale na elaboração do Código Civil de 2002, remete-se à obra do autor, “Projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais” (1986, p. 74-76).

de direito material que não sejam regradas, por exemplo, por leis especiais, tais como as de consumo.

A primeira destas se trata de uma diretriz de ordem sistemática, qual seja, o Código Civil deveria manter uma unidade lógica, o que resultou na criação de uma parte geral do direito das obrigações e sua unificação (REALE, 1986, p. 5). Em relação a tal opção legislativa, afirma que, em verdade, a unificação do direito das obrigações já era, à época, uma realidade existente na praxe forense, posto que eventual referência ao Código de Comércio para solução de um caso concreto, se de fato ocorria, se dava somente como complemento a alguma disposição do Código Civil, na medida em que se tratava de norma editada em 1850 (REALE, 1986, p. 6). Já havia, portanto, uma unificação de fato no direito das obrigações, vez que já era realidade na doutrina e na jurisprudência seu tratamento unitário (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p. 45).

Havia, ainda, uma segunda preocupação relacionada com a opção por uma diretriz sistemática: a durabilidade do Código. Optou-se, assim, pela não inclusão de matérias ainda polêmicas, mas somente daquelas sobre as quais havia certo consenso social – mesmo que não presentes no Código Civil de 1916 -, ainda que consideradas obsoletas, opção esta derivada do reconhecimento, pela comissão, de que a história não é linear, e que institutos considerados ultrapassados se transformaram em modelos jurídicos com ampla utilização (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p. 48-49). Houve, portanto, a adoção de institutos com “certa durabilidade”, a fim de se evitar que o Código estivesse sujeito a transformações a “cada mês”. Eventuais transformações inevitáveis deveriam ser integradas posteriormente no Código, incluídas mediante as respectivas leis aditivas¹⁰² (REALE, 1986, p. 5-6).

Por outro lado, Miguel Reale também adotou, como diretriz fundamental de seu projeto de Código Civil, a superação do indelével caráter individualista do Código Civil de 1916, característica resultante das influências do Código Napoleônico e do *BGB*:

Atualizar, todavia, o Código vigente, não só para superar os pressupostos individualistas que condicionaram a sua elaboração, mas também para dotá-lo de institutos novos, reclamados pela sociedade atual, nos domínios das atividades empresárias e nos demais setores da vida privada. (REALE, 1986, p. 75)

Há, assim, expressa opção pela socialização dos modelos jurídicos no Código Civil de 2002, de sorte que os valores coletivos devem prevalecer sobre os individuais, além de se

¹⁰² Em explicação sucinta de Miguel Reale: “Não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotadas de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a legislação aditiva a disciplina de questões ainda objeto de forte dúvidas e contrastes, em virtude de mutações sociais em curso, ou na dependência de mais claras colocações doutrinárias, ou ainda quando fossem previsíveis alterações sucessivas para adaptações da lei à experiência social e econômica” (1986, p. 76).

realizar uma revisão nos direitos e deveres dos cinco principais “protagonistas”¹⁰³ do direito privado tradicional: o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p. 49).

Ademais, as novas perspectivas que animam o Código Civil de 2002 e renovam os institutos ali contidos são fundadas em outras três diretrizes – por vezes referidas como “princípios” por Miguel Reale, sem que, contudo, pareça fazer uso do termo no sentido de espécie normativa, tal como se adota na presente dissertação – sistematizadas por Reale: eticidade, socialidade e operabilidade.

A diretriz da socialidade preza pela já mencionada superação do caráter individualista da codificação civil anterior, a qual, em coerência com os valores constitucionalmente positivados em 1988, informa, por exemplo, o princípio da função social do contrato (art. 421 do CC), a interpretação mais favorável ao aderente nos contratos de adesão (art. 423 do CC) e a facilitação da usucapião para moradia (arts. 1238, 1239, 1240 e 1242 do CC), privilegiando os valores coletivos sobre os individuais, sem que, contudo, haja qualquer prejuízo aos valores da pessoa humana (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 85).

A operabilidade, por sua vez, recupera que a noção de que a função última do Direito, ao ser elaborado, é para ser realizado e aplicado. Cita o exemplo, a fim de demonstrar a necessidade de facilitação de manuseio da lei civil pelo operador do direito, do sempre atual celeuma entre prescrição e decadência: a fim de se evitar interpretações contraditórias sobre seu conteúdo, o Código Civil reúne todas as normas prescricionais na parte geral do Código, de forma que, se determinado prazo não se encontrar nos artigos destinados ao seu regramento, se tratará de hipótese de decadência (REALE, 1986, p. 11-12). A adoção de normas jurídicas de conteúdo aberto também reflete a diretriz da operabilidade¹⁰⁴, de forma que a própria atividade social e sua consequente evolução venha a lhe alterar e adaptar seu conteúdo, o que vem a denominar de “estrutura hermenêutica”, complemento natural da estrutura normativa positivada (REALE, 1986, p. 12).

Por fim, pela diretriz da eticidade busca-se a superação do mero formalismo jurídico que informava o Código Civil de 1916, recuperando o ordenamento jurídico seus valores

¹⁰³ Para uma visão geral sobre os cinco protagonistas e o redimensionamento de alguns de seus deveres e direitos, conferir a obra de Miguel Reale, “O projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais” (1986, p. 14-19).

¹⁰⁴ Neste sentido, Judith Martins-Costa e Gerson Branco (2002, p. 54-55) apontam que houve, assim grandes modificações no uso da linguagem do Código Civil de 2002 em relação ao de 1916, projetando-o para o futuro mediante o emprego, em locais estratégicos e especialmente para o regramento das matérias mais gerais e importantes, de normas abertas, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, diante da necessidade de conferir maior “ductilidade” a seu texto normativo, representando pontos de mobilidade e abertura do sistema para as modificações da realidade social subjacente ao Código.

éticos (SOARES, 2003, p. 104). Assim, se o Código anterior apresentava resistência à menção aos conceitos de equidade, boa-fé e probidade, há o reconhecimento, no novo diploma civil, que o legislador jamais exaure, em sua atividade normativa, o conteúdo ético da norma, devendo-se, a todo momento, recorrer aos princípios morais da vida social (REALE, 1986, p. 8). Assim, a utilidade de um modelo aberto (REALE, 1986, p. 8) de direito fica evidenciada pela ampla adoção de cláusulas gerais no texto normativo do Código Civil, as quais possibilitam a criação de modelos hermenêuticos para a contínua atualização dos preceitos legais (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 85).

Destaca Miguel Reale (1986, p. 8), ainda, que é em decorrência de tal opção legislativa que se faz referência a todo momento, no Código Civil, à exigência de eticidade, tal como no respeito à boa-fé e à probidade na estipulação e na execução de um contrato; há forte positivação da boa-fé objetiva no Código, a qual se exprime mediante normas de interpretação dos negócios jurídicos com base em seus preceitos (art. 113 do CC), como limite interno do direito subjetivo, caracterizando seu uso abusivo como ato ilícito (art. 187 do CC), além de ser norma básica de conduta a ser observada por todos os contratantes (art. 422 do CC) (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p. 61-63).

Todavia, a diretriz da eticidade não se exaure na presença ostensiva da boa-fé no Código Civil; a base ética do direito obrigacional reside, ainda, no respeito ao princípio do equilíbrio contratual, razão pela qual há a positivação de vários institutos destinados à tutela dos desequilíbrios originário e superveniente, tais como o estado de perigo¹⁰⁵ (art. 156 do CC), a lesão¹⁰⁶ (art. 157 do CC) e a resolução por onerosidade excessiva (arts. 317 e 478 a 480) (MARTINS-COSTA; BRANCO, 2002, p. 64).

Em que pese não ser o objetivo do presente tópico a análise detalhada de cada um destes institutos, a sua visão conjunta é de suma importância para a identificação do princípio do equilíbrio contratual no Código Civil de 2002, na medida em que, conforme já exposto anteriormente, o diploma civil não o enuncia de forma expressa, tal como o faz com a função social dos contratos (art. 421 do CC) e a boa-fé objetiva (art. 422 do CC); ao revés, é tido por princípio “implícito”, cuja presença é induzida da presença das já mencionadas regras, as quais tutelam, de alguma forma, o desequilíbrio contratual¹⁰⁷ (SCHREIBER, 2020, p. 41-42).

¹⁰⁵ “Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.” (BRASIL, 2002).

¹⁰⁶ “Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.” (BRASIL, 2002).

¹⁰⁷ Em conclusão similar, Antônio Junqueira de Azevedo também sustenta que o princípio do equilíbrio contratual se trata de princípio implícito do ordenamento jurídico brasileiro, mas que pode ser inferido,

Há, contudo, a necessidade de se enfrentar duas questões relacionadas com tal constatação. Em primeiro lugar, frisa-se que não é posição unânime na doutrina a identificação de um princípio do equilíbrio contratual no Código Civil, cuja existência restaria evidenciada pela presença das já mencionadas regras de tutela ao desequilíbrio contratual; Judith Martins-Costa sustenta inexistir tal princípio para as relações civis em geral, diferenciando-se, portanto, neste quesito, do Código de Defesa do Consumidor:

Não há, no âmbito das relações regidas pelo Código Civil, um princípio geral de equilíbrio contratual, diferentemente do que se verifica no campo das relações jurídicas de consumo. Nas relações civis e comerciais, esse princípio se manifesta por meio de institutos específicos, dentre eles a revisão e a resolução fundadas na excessiva onerosidade, previstas por meio de determinadas regras que fixam os seus próprios requisitos de incidência. O que o Código Civil prevê, portanto, são soluções para particulares situações de desequilíbrio, seja na formação do contrato (por exemplo, artigos 156, 157), seja no momento de sua execução (*e.g.*, artigos 317, 477, 478 a 480). (MARTINS-COSTA, 2020, p. 413)

Tal posição, contudo, não parece se sustentar. Em primeiro lugar, já se demonstrou que o princípio do equilíbrio contratual possui fundamento constitucional, especialmente nos princípios da solidariedade e da justiça social, o que impõe a necessária observância do equilíbrio contratual não somente nas relações contratuais de direito civil ou do consumidor, mas em todas as convenções celebradas sob a égide da Constituição.

Em segundo lugar e conforme já exposto neste mesmo tópico, as próprias diretrizes da eticidade e da socialidade, esta última também expressamente mencionada quando feita referência à onerosidade excessiva (REALE, 1986, p. 93), adotadas por Miguel Reale quando da elaboração do Código Civil de 2002, orientam o Código Civil expressamente no sentido de pautar a equidade nas relações contratuais concretas, de forma que “respeita-se, em suma, o contrato, como um dos grandes instrumentos jurídicos e expressão da liberdade individual, mas se previnem abusos, para que seja assegurado a cada um o que é seu, numa convivência social ordenada” (REALE, 1986, p. 18).

Em terceiro lugar, já restou comprovado, também, que, na medida em que não se confundem os conceitos de norma e texto normativo, não haverá correspondência, necessariamente, entre dispositivo e norma, de sorte que há a possibilidade que existam normas sem o correspondente dispositivo jurídico (ÁVILA, 2016, p. 50-51), o que reforça a conclusão de Anderson Schreiber no sentido de que a ausência de previsão legal expressa do princípio do equilíbrio contratual no Código Civil, em verdade, pouco importa, vez que a base

principalmente, dos arts. 317, 478 a 480, 616, 620, 770, parte final, 924, dentre outros, do Código Civil, além de estar previsto em outras leis especiais (AZEVEDO, 2009, p. 183).

principiológica constitucional, ao clamar pelo equilíbrio contratual, deve se expressar, de alguma forma, no campo do direito dos contratos (SCHREIBER, 2020, p. 61-62).

Superada tal objeção, retoma-se a segunda questão, relacionada com a constatação que um princípio do equilíbrio contratual também pode ser induzido das regras do Código Civil que visam coibir o desequilíbrio contratual: nenhuma regra faz menção, de forma “pura”, ao desequilíbrio contratual objetivamente considerado, mas há sempre a indicação de algum lapso ou vício na manifestação de vontade dos contratantes, de forma que o desequilíbrio acabaria por ser resultado de tal falha na vontade. Tal apego ao estado psíquico das partes se trata de vinculação despropositada à ideologia liberal já superada, a qual tomava a declaração livre e incondicionada da vontade como única medida da “justeza” dos contratos celebrados (SCHREIBER, 2020, p. 43-45).

A título exemplificativo, destaca-se que, no estado de perigo (art. 156 do CC), faz-se menção à premência do contratante de se salvar de grave dano “conhecido pela outra parte”; na lesão (art. 157 do CC), à inexperiência ou necessidade do contratante prejudicado; e, na resolução por onerosidade excessiva, há referência a acontecimento futuros extraordinários e “imprevisíveis” (SCHREIBER, 2020, p. 43-44). A utilização de critérios essencialmente subjetivos para a constatação de ocorrência desequilíbrio contratual, tal como a imprevisibilidade, acaba por, em sentido contrário, consagrar a ideia de que todos os fatos não considerados pelos contratantes à época da formação do contrato seriam incluídos, portanto, como “risco assumido” do negócio. Trata-se de presunção irreal, mormente pelo fato de que, caso os contratantes fossem obrigados a prever contratualmente todos os riscos previsíveis, os custos de transação seriam elevados a ponto de inviabilizar o próprio negócio (SCHREIBER, 2020, p. 82-83).

Com efeito, ao se admitir e demonstrar a existência de um princípio do equilíbrio contratual no Código Civil, bem como ao se apontar que seu conteúdo preza pela realização, na maior medida do possível, do equilíbrio objetivo do conteúdo dos contratos, conclui Anderson Schreiber (2020, p. 92-93) que a tutela dos desequilíbrios originário e superveniente não pode se restringir aos limites voluntaristas impostos aos institutos da lesão, do estado de perigo e da resolução por onerosidade excessiva, sob pena de reedição de zonas de imunidade para a livre atuação autonomia privada – diante da sempre constante remição a requisitos de ordem subjetiva – e ulterior nulificação de qualquer efeito prático da existência de um princípio do equilíbrio contratual, tudo em prejuízo do controle objetivo das prestações do contrato.

Buscou-se demonstrar no presente tópico, portanto, dois grandes pontos. O primeiro, relativo à existência, na sistemática do Código Civil, de um princípio do equilíbrio contratual, tanto por exigência dos princípios constitucionais da solidariedade e da justiça social, quanto que por força das diretrizes operativas que informam o Código desde a sua redação, em especial da eticidade e da socialidade.

O segundo, relativo à existência de certa contradição normativa entre as regras existentes para a tutela do desequilíbrio contratual originário e superveniente, quais sejam, lesão, estado de perigo e resolução por onerosidade excessiva, e o princípio do equilíbrio contratual, na medida em que aquelas são compostas de inúmeros requisitos subjetivos e de ordem volitiva para sua configuração no caso concreto, enquanto este último busca a tutela objetivamente aferida do conteúdo do contrato.

Contudo, tal opção legislativa não deve representar óbice à interpretação de tais dispositivos conforme a Constituição, ou mesmo em relação ao princípio do equilíbrio contratual, os quais impõem a correta tutela do equilíbrio objetivo as relações contratuais. O próprio tratamento do desequilíbrio contratual se dá de forma fragmentada e inconsistente no ordenamento jurídico brasileiro – vide, por exemplo, as substanciais distinções entre o CDC e o CC, além de outras previsões esporádicas em legislação esparsa, tais como na Lei do Inquilinato (art. 19 da Lei nº 8,245/81) -, de forma que, a fim de se garantir um tratamento comum e uniforme par tais normas díspares, deve-se privilegiar a unidade de sistematicidade do sistema jurídico mediante o desenvolvimento de seu núcleo conceitual comum (SCHREIBER, 2020, p. 236-250), tudo sob a ótica do princípio do equilíbrio contratual.

Em relação especificamente às normas de desequilíbrio contratual superveniente do Código Civil, apresentar-se-á, em tópico específico, algumas propostas interpretativas tendentes à superação dos já criticados excessos do voluntarismo liberal no regramento da resolução por onerosidade excessiva, bem como seus reflexos na aplicabilidade do instituto.

3.4 O princípio do equilíbrio contratual e a sua aplicabilidade às convenções processuais prévias: a correção formal e diálogo das fontes entre o Código de Processo Civil, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil

Demonstrou-se, anteriormente, que a autonomia privada é atualmente compreendida como instituto funcionalizado à realização dos valores constitucionais e remodelado para atender a interesses não patrimoniais (TEPEDINO, 2009c, t. 3, p. 5), a qual, em sua atual configuração, deixa de ser considerada como um valor autossuficiente, e passa a se sujeitar à tábua de valores constitucionais consagrados pela Constituição Federal de 1988, tais como a

igualdade substancial, a solidariedade social e a dignidade da pessoa humana (TEPEDINO, 2009c, t. 3, p. 14).

É por tal razão que hoje pode se afirmar, sem maiores questionamentos, que inexistem setores imunes ou “zonas francas” de atuação da autonomia privada (TEPEDINO, 2009c, t. 3, p. 6), na qual esta operaria ilimitadamente e em desconformidade com a referida tábua axiológica. A licitude e o merecimento de tutela dos atos derivados da autonomia passam a ser aferidos em relação à realização ou não dos valores e princípios do ordenamento jurídico (PERLINGIERI, 2008, p. 343).

Em meio a um contexto de autonomia privada funcionalizada, o legislador brasileiro passa a reconhecer, com o Código de Processo Civil de 2015, que os ditames do Estado Democrático de Direito e dos valores constitucionais clamam, também, pela participação e autodeterminação popular no contexto do direito processual civil. É, por tal razão, que se fala de “reconquista” da autonomia privada na ciência processual (RAATZ, 2016, p. 188), e não “descoberta” ou “criação”, posto que se trata de mera retomada das esferas de influência da liberdade dos particulares que foram indevidamente suprimidas pelos excessos da publicização do processo.

Todavia e conforme já exposto, não há como se reeditar, diante dos valores constitucionalmente consagrados, zonas de imunidade para a atuação da referida autonomia privada. Assim, se a autonomia privada que agora reconquista, no direito processual civil, sua condição de suporte fático na figura dos negócios jurídicos processuais, não o faz de forma alheia a tais valores, como se desvincilhada fosse da autonomia privada funcionalizada; é, na verdade, vertente do mesmo fenômeno, tão somente sendo reinserida na esfera processual.

Em primeiro lugar, é evidente que, tal como os contratos em geral, as convenções processuais prévias devem se sujeitar à ordem constitucional vigente. Isto pois, além da clara sujeição do CPC ao vértice máximo do sistema jurídico, representado pela Constituição, o próprio direito processual civil, como informa Daniel Mitidiero, sofreu dois processos de “constitucionalização”: a primeira constitucionalização marcada pela incorporação de normas processuais na Constituição, e a segunda visando a atualização do “discurso processual civil com normas principiológicas [...] além de empregar como uma constante a eficácia dos direitos fundamentais para a solução dos mais variados problemas de ordem processual” (MITIDIERO, 2015, p. 43). Repise-se, inclusive, que o CPC inaugura seu primeiro artigo com

remissão expressa à Constituição, inclusive no que tange à interpretação conforme os valores e normas fundamentais constitucionais¹⁰⁸.

Isto significa, naturalmente, a sujeição dos negócios jurídicos em geral (art. 190 do CPC), à principiologia constitucional, sendo comum na doutrina a indicação de que os negócios jurídicos processuais representam mudança de paradigma no âmbito do direito processual civil brasileiro, e que, naturalmente, tal mudança ocorre dentro do “*habitat*” constitucional em que a própria ciência processual pátria está inserida, imersa em um conjunto principiológico e de garantias processuais constitucionais (CÂMARA, 2018, p. 130). Contudo, e considerando que, conforme clássica lição de Eros Roberto Grau, o Direito e a Constituição devem ser compreendidos em uma perspectiva globalizante, não podendo ser visualizado dissociado de sua estrutura global e “em tiras, em pedaços” (GRAU, 2008, p. 68), entende-se que a sujeição das convenções processuais aos preceitos constitucionais não se encerra aí.

Deve, em função de seu caráter negocial, englobar as demais disposições destinadas à regulamentação da autonomia privada como um todo, sobretudo aos princípios constitucionais da solidariedade e da justiça social (art. 3º, I e III, da CF). O caráter processual de tais convenções não lhes retira sua natureza de negócio jurídico, razão pela qual há de se aplicar às convenções processuais, simultaneamente ao regramento processual, as disposições gerais de validade negocial previstas no Código Civil.

Da mesma forma, se os negócios jurídicos de direito material devem se submeter aos já mencionados princípios constitucionais, posto que inseridos em um contexto no qual autonomia privada já fora redimensionada em função dos ditames constitucionais, inexistente justificativa plausível para que se eximisse os negócios processuais de observância a esta mesma tábua principiológica, sob pena de reedição de novas zonas de imunidade – e libertinagem - para a autonomia privada.

Uma segunda questão, potencialmente menos evidente que a aplicação dos princípios contratuais às convenções processuais, diz respeito à aplicabilidade do próprio princípio do equilíbrio contratual às convenções processuais, especialmente àquelas de natureza prévia, formalizadas antes da existência de eventual processo. Contudo, o reconhecimento da existência de tal princípio tanto no CDC quanto que no CC (vide tópicos anteriores), indica a desnecessidade, *per si*, da consagração, no CPC, do princípio do equilíbrio contratual para que

¹⁰⁸ “Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil observando-se as disposições deste Código.” (BRASIL, 2015).

as convenções processuais, ainda assim, se sujeitem a tal norma. Para a compressão e demonstração da existência de tal conexão valorativa entre o direito privado e o direito processual civil (CABRAL, 2020, p. 311), faz-se necessária a utilização de dois conceitos: a correção formal entre normas materiais e processuais e o diálogo das fontes.

A correção formal se trata, em essência, do reconhecimento de que as convenções processuais devem ser regulamentadas, simultaneamente¹⁰⁹, por normas de direito substancial – dentre as quais se incluem o CDC e o CC – e de direito processual, as quais não possuem qualquer relação de hierarquia ou prevalência entre si (CABRAL, 2020, p. 311). Desta feita, muito embora seja necessário reconhecer que os negócios jurídicos materiais e processuais, ainda que estejam inseridos em um mesmo instrumento, não se confundem ou estabelecem qualquer tipo de relação de subordinação¹¹⁰, sua existência não se dá com indiferença recíproca, na medida em que as peculiaridades do direito substancial também impactarão os requisitos de validade das convenções processuais. Não se pode admitir, por exemplo, que um pacto de natureza processual resultasse em objetivo vedado pelo direito material (CABRAL, 2020, p. 309).

Considerando, pois, que o próprio autor parte de tal premissa para o desenvolvimento de seu trabalho, Antonio do Passo Cabral (2020, p. 436) entende, inclusive, pela possibilidade de aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* e da “teoria da imprevisão” às convenções processuais, muito embora, ao tratar sobre a aplicação do princípio do equilíbrio contratual às convenções processuais, frise que desta não pode decorrer uma revisão generalizada e “afobada” de todos e quaisquer negócios jurídicos processuais, ainda que aparentem ser desequilibrados, pois a atividade revisional somente pode incidir, no caso de desequilíbrio contratual superveniente, caso presentes os casos de onerosidade excessiva e imprevisibilidade (CABRAL, 2020, p. 439):

Pois bem, para além dos parâmetros já descritos anteriormente – superveniência de circunstâncias imprevisíveis; e a imprevisibilidade – seria possível reclamar uma readequação do acordo processual por desequilíbrio das situações jurídicas (de vantagem e desvantagem) das partes?

Em nosso sentir, não se pode levar o solidarismo contratual ao ponto de permitir ao juiz um juízo de conveniência sobre as convenções processuais

¹⁰⁹ Pedro Henrique Nogueira também sustenta que os negócios jurídicos processuais se sujeitam a um duplo regime jurídico, substancial e processual, especialmente em matéria das invalidades (2016, p. 171).

¹¹⁰ Antonio do Passo Cabral (2020, p. 307-308) remonta à noção de que, a título de exemplo, a cláusula compromissária de arbitragem é autônoma em relação ao contrato de direito material coexistente, disposição esta que fora expressamente positivada (art. 8º da Lei nº 9.307/96). Sustenta, assim, que tal autonomia deve ser generalizada para todos os acordos processuais, na medida em que a independência do negócio processual em relação ao negócio material se trata de corolário do reconhecimento de que a negociação processual não se trata de mero complemento ou acessório à liberdade contratual do direito material.

[...] Observar que não há equivalência ou proporcionalidade das prestações é admissível, se for fruto de negociação livre e informada. No mais, o juiz que afoadamente se pusesse a “corrigir” o conteúdo do acordo sem conhecer as condições e as circunstâncias levadas em conta na negociação poderá estar agindo contrariamente à vontade de ambas as partes. Lembre-se que os acordos processuais podem alterar a conformação do procedimento a fim de promover uma troca sinalagmática com o próprio direito material. São arranjos completos e não evidentes. (CABRAL, 2020, p. 439)

Contudo, o revisionismo geral e irrestrito das obrigações e convenções, independentemente do preenchimento dos requisitos legais autorizadores de sua incidência, jamais aparenta ter sido a perspectiva de aplicação do princípio do equilíbrio contratual, e com certeza não é a adotada na presente dissertação; não há de se olvidar que, embora o princípio do equilíbrio contratual venha a mitigar, em certa medida, a noção clássica do *pacta sunt servanda*, a legislação brasileira, em especial o CDC e o CC, consagra o equilíbrio mediante regras para sua tutela, as quais se satisfarão ou não perante o caso concreto. Não há, assim, abertura à discricionariedade judicial para a revisão dos contratos, o que também não é autorizado, *per si*, pela existência de um princípio do equilíbrio contratual.

Dito isto, a correção formal se apresentará, costumeiramente, de maneira complexa; além do constante diálogo do art. 190 do CPC com o regime geral das invalidades dos negócios jurídicos do Código Civil, haverá a necessidade, ainda, de se verificar a incidência em concreto das disposições contratuais específicas aplicáveis aos contratos, tais, como já visto, as disposições relativas à resolução por onerosidade excessiva e aos contratos preliminares. Em se tratando de relação de consumo, ainda que a celebração das convenções processuais continue válida¹¹¹, haverá a necessidade de observância, também, do regime das nulidades previsto no CDC, tais como aquele disciplinado no rol de cláusulas abusivas – e, portanto, nulas de pleno direito – do artigo 51 do CDC.

Neste último caso, portanto, se estabelecerá complexo sistema de correção formal triangular, composto por três diplomas normativos em intensa comunicação. É tal cenário de fragmentação e complexidade legislativa o objeto de estudo e aplicação da teoria do diálogo das fontes, clássico objeto de estudo, na realidade brasileira, de Cláudia Lima Marques. Sustenta Marques que, com fundamento nas lições de Erik Jayme, especialmente em seu curso geral de Haia em 1995, o atual “pluralismo pós-moderno” de um direito composto por

¹¹¹ Inexiste disposição legal que venha a vedar, expressamente, a celebração de negócios jurídicos nas relações de consumo. Todavia, o próprio art. 190 do CPC, seu parágrafo único, prevê a possibilidade de controle judicial das convenções processuais nas hipóteses de inserção abusiva em contrato de adesão, disposição esta que, conforme Helder Moroni Câmara, faz remissão ao art. 51 do CDC, o qual também serve ao propósito de preenchimento do conceito do que vem a ser um negócio jurídico processual abusivo (CÂMARA, 2018, p. 118-119).

inúmeras fontes legislativas exige, para a edificação de um sistema jurídico eficiente e justo, a coordenação destas mesmas fontes (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2016, p. 40).

Ademais, sustenta que tal pluralidade de fontes normativas desagua, potencialmente, no conflito entre os seus respectivos campos de aplicação, tal como o suposto conflito inicialmente observado entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, o qual, tradicionalmente, seria reputado como um conflito de leis no tempo e solucionado mediante a prevalência de um dos diplomas normativos, mediante ab-rogação, derrogação ou revogação (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2016, p. 40). Entretanto, a atual concepção do Direito enquanto sistema¹¹², somada à pluralidade e à complexidade, à observância dos direitos humanos e ao direito à diferença, não comporta mais uma “mono-solução”, exigindo, ao contrário uma solução sistemática mais fluida e flexível (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2016, p. 41-42). Tal solução passa, preferencialmente, pela harmonização e coordenação de tal pluralidade normativa do que pela sua exclusão recíproca, a qual será denominada de “coerência derivada ou restaurada”, a qual buscará uma eficiência hierárquica e funcional do complexo sistema de direito contemporâneo, a fim de evitar antinomias, incompatibilidades ou a “não-coerência” (MARQUES, 2005, p. 13-14).

Conclui, assim, que a coordenação flexível e útil das normas em conflito resulta em uma mudança de paradigma, de sorte que a simples retirada de uma norma em conflito no sistema jurídico cede espaço para a convivência de tais normas; o monólogo normativo é preterido em favor do diálogo de tais fontes normativas convergentes, viabilizando sua aplicação simultânea, coerente e coordenada (MARQUES, 2005, p. 15-16):

¹¹² A discussão acerca do que, de fato, vem a ser a noção de um “sistema de Direito”, é absolutamente complexa e escapa aos objetivos da presente discussão. Não é por outra razão que Mario Losano dedica sua monumental obra, “Sistema e estrutura no direito”, quase exclusivamente ao tema, a qual se desenvolve ao longo de três volumes. Neste sentido, inclusive, é obrigatória a menção à introdução do primeiro volume de sua obra, a qual, sugestivamente, denomina de “Uma elegante esperança”. Citando como metáfora o conto “A biblioteca de Babel”, de Jorge Luis Borges, e a história do incessante esforço de um bibliotecário para encontrar uma ordem em sua biblioteca, este conclui pela elegante esperança de que a mesma biblioteca é ilimitada e periódica, composta sempre pelos mesmos volumes se repetindo na mesma desordem – que, ao final e repetida, seria a Ordem. Assim, afirma Mário Losano que “a metáfora da infinita busca da ordem na biblioteca-universo expressa bem aquilo que o sistema foi para gerações de estudiosos: um inalcançável objetivo rumo ao qual os impulsionava uma sempre insatisfeita necessidade de ordem. [...] Muitos escolheram como estrela polar o ‘sistema’, coluna do pensamento ocidental, com a finalidade de ordenar toda a matéria jurídica” (LOSANO, 2008, p. XXVII). Após tal introdução, Losano dedica três volumes ao estudo, respectivamente, da noção de sistema durante dezoito séculos, um século e meio século (LOSANO, 2008, p. XXXV), o que só confirma a vastidão e profundidade do tema, razão pela qual se indica a consulta direta à obra do autor para seu melhor estudo. Contudo, para fins de exposição, Cláudia Lima Marques já expôs, em artigo dedicado ao desenvolvimento de seus estudos sobre o diálogo das fontes, que adota a definição de sistema desenvolvida por Natalie Sauphanor, qual seja, como “um todo estruturado hierarquicamente e funcionalmente, visto hoje como ‘um complexo de elementos em interação’, ‘coerentes’ ou ‘orgânicos’, de ‘normas, princípios e jurisprudência’, ‘conjunto de elementos diversos cuja organização e interação fornece a toda a ordem jurídica positiva reconhecida como tal os meios para alcançar sua coerência e funcionamento’” (MARQUES, 2005, p. 20).

“Diálogo” porque há influências recíprocas, “diálogo” porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis modelos) ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. (MARQUES, 2005, p. 16-17)

Cláudia Lima Marques (2005, p. 18) parte, assim, a observar três tipos de diálogos originalmente pensados entre o CDC e o CC¹¹³: diálogo sistemático de coerência, diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade e, por fim, diálogo de coordenação e adaptação sistemática.

A primeira modalidade de diálogo, sistemático de coerência, se evidencia na medida em que, na aplicação simultânea de duas leis, uma destas pode servir de base conceitual para a outra, especialmente quando são, respectivamente, leis gerais e especiais: uma sendo lei central do sistema, outro componente de um microsistema, o qual, embora materialmente incompleto, realiza a tutela subjetiva de um determinado grupo da sociedade. Exemplifica-se tal diálogo mediante, por exemplo, a utilização de conceitos gerais, tais como pessoa jurídica, prova, decadência, dentre outros, os quais são presentes na geral, mas não na especial (MARQUES, 2005, p. 18).

O diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade, por sua vez, pressupõe a aplicação coordenada entre duas leis, uma complementando a aplicação da outra, a depender do caso concreto, indicando a incidência complementar de suas normas e de seus princípios, no que couber, for necessário ou mesmo subsidiariamente (MARQUES, 2005, p. 18).

Por fim, o terceiro diálogo, denominado de coordenação e adaptação sistemática, é resultante das influências recíprocas sistemáticas, possivelmente redefinindo o campo de aplicação de uma lei – exemplificado pela alteração das definições do consumidor *stricto sensu* pelas influências finalísticas advindas do CC, o qual se trata de um Código “para os iguais” – por influências de outra. É um diálogo de via dupla, com influências da lei especial da geral e da geral na especial (MARQUES, 2005, p. 19).

Em relação ao diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade, há de ser fazer uma importante observação: inexistente, em verdade, qualquer conflito principiológico entre o CDC e o CC, sendo que este último possui, de forma geral, os mesmos princípios presentes no CDC, de forma que a convergência principiológica dos diplomas é importante

¹¹³ Cláudia Lima Marques sustenta, atualmente, que as três formas de diálogos, ainda que originalmente pensados e estabelecidos entre o CDC e o CC, podem ser universalizados para os demais diálogos entre leis especiais e gerais (MARQUES, 2020, p. 25).

fator de aproximação e diálogo entre as leis (MARQUES, 2005, p. 20-21): “A convergência de princípios é vista hoje como um fato bastante positivo para a co-habitação (ou diálogo) das leis novas e antigas no mesmo sistema jurídico. É o que ocorre com o CDC e o CC/2002”. Tal constatação, inclusive, reforça a observação já feita nos tópicos anteriores, no sentido de que tanto o CDC quanto o CC possuem um princípio do equilíbrio contratual e buscam, cada qual a sua forma, a reprimir a desproporção entre prestações contratuais e o agravamento do sacrifício econômico indevido das partes.

Assim, e considerando também o já constatado fenômeno da correção formal das convenções processuais com normas de direito material, há de se concluir que, especificamente em relação aos negócios jurídicos processuais, objeto do presente estudo, existem diversos diálogos estabelecidos entre o CPC, o CDC e o CC. Sem qualquer pretensão de se exaurir o tema, até mesmo pelos inúmeros possíveis diálogos entre os referidos Códigos, a existência de um contínuo diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade entre o CPC e as demais leis, no que diz respeito aos negócios processuais atípicos (art. 190 do CPC), indica, também, a transposição do princípio do equilíbrio contratual às convenções processuais.

Veja-se que a correção formal das convenções pressupõe, de um lado, a aplicação simultânea de leis processuais e materiais para as convenções processuais, sem qualquer hierarquia ou prevalência entre si, inclusive com a possibilidade de aplicação de dispositivos relativos à tutela do equilíbrio contratual; por outro lado e em igual sentido, o diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade, quando aplicado entre as convenções processuais prévias e a respectiva lei material aplicável ao caso – diante da possibilidade de ser ou não uma relação de consumo -, aponta, ainda, a necessária convergência entre as referidas leis, com a aplicação complementar dos princípios da lei coordenada – no caso, do CDC e do CC.

Neste sentido, Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem indicam que os valores consagrados no CPC convergem, em parte, com aqueles do CDC, todos sensíveis aos ditames constitucionais, fato este evidenciado pelo próprio art. 1º do CPC. Destaca, assim, que tal convergência com o CDC seria exemplificada pela adoção do princípio da cooperação (art. 6º do CDC) e da paridade de armas (art. 7º do CPC), este último tendente a assegurar, no plano processual, a igualdade material das partes (MARQUES; MIRAGEM, 2017, p. 33-34).

Diante da inexistência de choque frontal de suas bases principiológicas e o CPC, bem como considerando a inquestionável submissão do CPC, do CDC e do CC aos ditames constitucionais da solidariedade e da justiça social, a aplicação do princípio do equilíbrio

contratual se mostra como condição *sine qua non* para a tutela efetiva do equilíbrio objetivo das convenções processuais. A própria admissão de que os negócios jurídicos processuais são passíveis de tutela revisional na hipótese de desequilíbrio contratual – vide a possibilidade de aplicação da resolução por onerosidade excessiva a tais negócios – se trata de constatação inequívoca de que estes devem, também, manter um padrão aceitável de equilíbrio de suas prestações.

Relembre-se, aqui, que o reconhecimento dos negócios jurídicos processuais pela novel legislação processual representa, sim, a reconquista de espaços anteriormente perdidos pela autonomia privada, mas, de forma alguma, representaria a reedição de “zonas francas” de imunidade para tal autonomia, a qual não mais merece tutela em caso de inobservância da ordem constitucional vigente. Não há como se admitir, no contexto das convenções processuais, que se retome a concepção clássica de justiça contratual, cujo fundamento único se pautava na mera declaração imaculada da vontade, sem qualquer observância, contudo, das condições materiais da celebração da avença.

Em última análise, a aplicação do princípio do equilíbrio contratual ao CPC, seja por diálogo pontual, no caso concreto, com o CDC ou com o CC, representa condição básica de manutenção da unidade e da coerência valorativa do ordenamento jurídico nacional, assim compreendido como o sistema brasileiro de fontes, cuja lógica é retirada da Constituição Federal (MARQUES, 2020, p. 25) e que exige o respeito ao solidarismo contratual. Conforme elegante síntese de Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva, um sistema jurídico, por definição, “nunca é uma colagem de elementos diversos justapostos; é uma ordem e deve guardar unidade valorativa” (MARTINS-COSTA; COSTA E SILVA, 2020, p. 203).

A guisa de conclusão, há se admitir que as convenções processuais, uma vez em diálogo com o CDC ou com o CC, devem receber os influxos do princípio do equilíbrio contratual, componente essencial dos ditos “novos” princípios contratuais, cujo fundamento encontra assento constitucional. Consequentemente, a celebração e, sobretudo, a execução das convenções processuais deve se dar com observância à manutenção do equilíbrio objetivo do conteúdo de suas prestações, sendo que eventual desequilíbrio contratual superveniente – objeto da presente dissertação - deverá ser rechaçado e, na medida do possível, renegociado, revisado ou mesmo resolvido, como se verá adiante.

4 A TUTELA DO DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL SUPERVENIENTE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E NO CÓDIGO CIVIL

Uma vez demonstrado que, no ordenamento jurídico brasileiro, há clara existência de um acervo principiológico destinado à garantia da justiça contratual substancial – caracterizada, em grande medida, pela manutenção do equilíbrio contratual –, seja de índole constitucional ou infraconstitucional, passa-se, agora, à necessária análise das diversas regras positivadas no ordenamento para a tutela de tal desequilíbrio em sua perspectiva funcional, objeto de estudo da presente dissertação.

Contudo, convém destacar, desde logo, que a questão da alteração superveniente das circunstâncias contratuais é tema secular, com raízes no medievo europeu, de forma que sua análise não pode ser feita, satisfatoriamente, se isolada de um breve panorama histórico.

Da mesma forma, a experiência brasileira sobre o tema, longe de ser pioneira no assunto, busca suas fontes e referências no direito europeu continental – tanto que sua inserção no Código Civil de 2002 é praticamente cópia dos dispositivos do Código Civil italiano de 1942 –, o que também justifica o estudo, ainda que breve, das teorias desenvolvidas em solo estrangeiro.

Feitas estas análises preliminares, passar-se-á, em sequência, ao estudo do tema do desequilíbrio contratual superveniente no direito brasileiro, especialmente daqueles dispositivos contidos no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil, explicitando suas convergências, suas divergências, bem como as polêmicas que cercam a aplicação de seus dispositivos, notadamente daqueles previstos no Código Civil.

4.1 Antecedentes históricos das teorias de tutela do desequilíbrio contratual superveniente: da ascensão ao declínio da cláusula *rebus sic stantibus*

A noção de que o comportamento humano deve se vincular e ser condicionado pelas circunstâncias fáticas existentes à época de sua constituição, modificando-se, simultaneamente, na hipótese de sua alteração (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 938), é tão antiga quanto à própria história da civilização, muito embora haja certa imprecisão acerca do momento de seu efetivo surgimento¹¹⁴. Todavia, indica-se que a origem de todas as modernas

¹¹⁴ Para um panorama acerca do surgimento da cláusula *rebus sic stantibus*, com remissão ao direito romano e seu posterior desenvolvimento na Idade Média, remete-se à obra de Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, “Da boa fé no direito civil” (2013, p. 938-939). É digno de nota, contudo, que por mais que existam diversos fragmentos romanos que indiquem, ainda que de forma incipiente, o conteúdo central que será posteriormente desenvolvido como *rebus sic stantibus*, inexistente, contudo, a famosa fórmula - que passaria a ser

teorias relativas à tutela do desequilíbrio contratual superveniente tem seu fundamento na dita cláusula *rebus sic stantibus* (SCHREIBER, 2020, p. 174).

Referida cláusula, proveniente de abreviação do brocardo latino “*contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*”¹¹⁵, fora essencialmente desenvolvida como instituto de caráter geral na experiência jurídica medieval (SCHREIBER, 2020, p. 176), e exprime a noção desenvolvida pelos glosadores do século XIII de que, nos contratos sucessivos ou de execução diferida, presumia-se a existência de uma cláusula implícita, a qual condicionava o rigoroso cumprimento do contrato à manutenção, inalterada, das circunstâncias contratuais que permeavam a avença quando de sua celebração (MARTINS-COSTA, 1991, p. 43).

Tal como demonstra Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, é comum a indicação de que certos elementos incipientes da doutrina da alteração das circunstâncias podiam ser encontrados nas obras de Cícero, Sêneca, Polybios e Africanus. É incorreto, entretanto, se valer de tais excertos para inferir a existência de uma regra geral de adaptação dos contratos às alterações das circunstâncias, mesmo pois a ausência de pensamento jurídico sistemático no direito romano impossibilita que se fale na aplicação de tal cláusula como um “princípio geral” da realidade jurídica daquela sociedade, mas, tão somente, de hipóteses típicas e pré-determinadas (MENEZES DE CORDEIRO, 2013, p. 938-941).

No mesmo sentido, Nelson Borges sustenta, com fulcro na conclusão dos estudos realizados por Paulo Carneiro Maia sobre os fragmentos de Neratius e Africanus, que a cláusula *rebus sic stantibus* não fora estruturada pelo Direito Romano, mesmo pela inexistência de registros históricos de que determinados pactos de execução diferida tivessem sido reajustados em razão da alteração anormal das circunstâncias contratuais (BORGES, 2002, p. 88-89):

Entre os pesquisadores é pacífico este entendimento: embora o princípio *rebus sic stantibus* tenha sido aplicado no universo romano de forma assistemática (até com base no simples temor da lesão), na verdade ali foi o império absoluto da regra *pacta sunt servanda*. A rigidez implícita neste princípio deve ser atribuída ao fato de que – sem qualquer demérito à sua monumental estrutura – o Direito Romano era formalista, individualista e sobretudo, absolutista. Daí a premissa de que, uma vez assumida a

adotada ao longo dos séculos - no direito romano, de sorte que seu maior desenvolvimento se deu durante a Idade Média (RODRIGUES JUNIOR, 2006, p. 35-37).

¹¹⁵ Conforme tradução de Otávio Luiz Rodrigues Junior, “os contratos que têm trato sucessivo ou a termo ficam subordinados, a todo tempo, ao mesmo estado de subsistência das coisas” (RODRIGUES JUNIOR, 2006, p. 35). Autores tais como Rafael Renner (2007, p. 250), César Fiuza (1999, p. 7) e Otávio Luiz Rodrigues Junior (2006, p. 40), este último com fundamento nas lições de Giuseppe Osti, atribuem a Alciano a construção de tal fórmula. Todavia, tal atribuição não é unânime. A título de exemplo, Maria Antonietta Lynch o faz a Bartolo (2009, p. 10), enquanto que Nelson Borges o faz a Neratius (2002, p. 94).

obrigação, deveria ser cumprida, mesmo com prejuízos para o adimplente, em obediência ao apotegma: o contrato faz lei entre as partes. (BORGES, 2002, p. 90)

É pela ausência de seu ulterior desenvolvimento na realidade romana que se identifica a existência de um hiato em relação à identificação do germen da cláusula *rebus sic stantibus*, de forma assistemática, em fontes romanas, seguida de longo período de hibernação até sua redescoberta em plena Idade Média (BORGES, 2002, p. 91-92). Se São Tomás de Aquino já indicava, em sua *Summa Theologica*, que as promessas só deveriam ser cumpridas se lícitas e inalteradas as condições das partes, bem como as circunstâncias exteriores à própria promessa (FIUZA, 1999, p. 7), coube especialmente aos pós-glosadores, especialmente Bartolo de Sassoferato e Baldo de Ubaldis, entre o final do século XIII e o início do século XIV, o desenvolvimento da doutrina de que a manutenção de dada relação negocial seria dependente da manutenção das mesmas circunstâncias existentes quando da formação do contrato (DIAS, 2017, p. 22).

Assim, foram os pós-glosadores, por vezes referidos como bartolistas e que tinham como fundamento de seu trabalho o Direito Canônico e o *Digesto*, os responsáveis pela aceitação, desenvolvimento e aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* (BORGES, 2002, p. 99). Neste mesmo sentido, Menezes Cordeiro, analisando excerto de Neratius e a posterior glosa de Bartolo, sustenta que a locução *rebus sic habentibus* ganha vida própria após contribuição decisiva deste último, muito embora não houvesse, ainda, uma ordenação geral de tal teoria (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 941-943)

Há certo consenso na doutrina¹¹⁶, contudo, que tais dificuldades organizacionais da matéria foram superadas, em grande medida, por Andreas Alciato, diante de certa indefinição de seu conteúdo, elaborou a primeira determinação teórica sobre o assunto, dando início ao período áureo de seu desenvolvimento, que perdurou entre o fim do século XVI e meados do século XVIII (LYNCH, 2009, p. 10). Transcendendo o campo circunscrito à cláusula, Alciato sistematizou, além da interpretação da declaração de vontade, demais reflexos no campo obrigacional, além de sustentar que, uma vez alteradas as condições iniciais da contratação por fatos imprevisíveis e inimputáveis às partes, “em nome da equidade – fonte indiscutível da justiça comutativa –, a postura de que o contrato faz lei entre as partes deveria ceder o passo ao princípio *rebus sic stantibus*” (BORGES, 2002, p. 105-106).

¹¹⁶ Veja-se, por exemplo, Menezes Cordeiro (2013, p. 943), Nelson Borges (2002, p. 104) e Maria Antonieta Lynch (2009, p. 10)

Todavia, conforme bem observa Judith Martins-Costa, é possível observar uma perfeita sintonia entre o crédito e o descrédito da cláusula *rebus sic stantibus* de acordo com as respectivas concepções sociais vigentes (MARTINS-COSTA, 1991, p. 43). Naturalmente, após as revoluções liberais e com a edificação de uma ordem jurídica europeia continental fundada no dogma da autonomia da vontade – a qual, como já estudado anteriormente, fora a base do Código Civil francês de 1804 e do *BGB* alemão –, há vertiginoso declínio da utilização de tal doutrina, vez que o conteúdo material dos contratos passa a ser irrelevante, identificando-se os vícios negociais como somente aqueles relativos à própria macula da vontade (ASCENSÃO, 2008, p. 8).

Tal como bem ilustra Nelson Borges (2002, p. 107), o “golpe de misericórdia” sofrido pela cláusula *rebus sic stantibus* veio com o próprio Código Civil de 1804, o qual, indiscutivelmente, alça a *pacta sunt servanda* à condição de lei entre as partes, a teor de seu artigo 1.134, regra esta que vincularia, inclusive, os contratos de trato sucessivo. Em que pese a manutenção pontual da cláusula em dados ordenamentos jurídicos cujo pensamento político dominante era de índole liberal, tais como no Código Civil Austríaco de 1811 (FIUZA, 1999, p. 7), bem como sua adoção no Código Bávaro (*Codes Maximilianeus Bavaricus Civilis*) de 1756 e no *Landrecht* prussiano de 1794 (LYNCH, 2009, p. 10), é certo que o Código Napoleônico e o *BGB*, tal com já demonstrado, surtiram efeitos de grande escala no Direito ocidental, sobretudo na realidade brasileira, o que significou, enfim, o esquecimento da *rebus sic stantibus* até os últimos anos do século XIX.

Somente com a eclosão da 1ª Guerra Mundial que, de uma forma geral, as teorias relativas à tutela do desequilíbrio contratual superveniente serão retomadas nos mais diversos ordenamentos jurídicos (BORGES, 2002, p. 109), cada qual a seu modo e mediante a adoção de diversas teorias ou requisitos de aplicação, sendo que algumas destas serão analisadas, ainda que brevemente, a seguir.

4.2 A teoria da imprevisão francesa

Ao passo em que o espírito legislativo imbuído no Código Civil de 1804 fora um dos principais arautos da relevância da cláusula *rebus sic stantibus* nos anos 1800, a realidade jurídica francesa, especialmente mediante a atuação literal e contida de seus tribunais, vinculados a uma interpretação meramente exegética do ordenamento jurídico, manteve sua inflexibilidade em relação a possibilidade de revisão e reequilíbrio contratuais até que os fatos sociais, inevitavelmente, se impuseram em face ao caráter rígido do Código Napoleônico.

Tal posicionamento jurisprudencial francês é geralmente ilustrado mediante o clássico caso do Canal de Craponne, oportunidade na qual a Corte de Cassação francesa pôde reafirmar a prevalência do artigo 1.134 do Código Civil francês em face a quaisquer pretensões revisionistas que buscassem a tutela dos tribunais. Em 21 de junho de 1567, Adam de Craponne obrigou-se a construir um canal de irrigação e, em contrapartida, receberia determinada quantia à vista, bem como seria devida a quantia de três sols – equivalente a três centavos, conforme explica Fernanda Sabrinni (2019, p. 134) – pelos sucessivos beneficiários da obra, sendo que a manutenção da obra continuaria a encargo do construtor (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 956).

Porém, em 1778, fora elaborado relatório que indicava que o Canal não poderia existir por muito tempo se o preço pago pelos beneficiários não fosse revisado e elevado, pois o preço originalmente cobrado já não correspondia à manutenção do canal, especialmente em decorrência dos custos elevados da mão de obra empregada em tal atividade (SABRINNI, 2019, p. 134). Assim, em 31 de dezembro de 1873, ou seja, mais de trezentos anos depois da data inicial de formalização do contrato, a Corte de Apelação de Aix decretou um aumento módico do preço devido pela utilização dos serviços do canal, reconhecendo que, se um contrato não pode ser modificado senão por mútuo consentimento, tal realidade não seria a mesma aplicável aos contratos de natureza sucessiva; a retribuição periódica prevista em tais contratos deve obedecer a certa correlação existente entre as contribuições de uma parte e os encargos de outra, sob pena de reestabelecimento de tal igualdade primitiva do contrato pelo Judiciário (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 956).

Todavia, tal decisão fora reformada em 6 de março de 1876 pela Corte de Cassação francesa, a qual reestabeleceria a primazia do artigo 1.134 do Código Civil, entendendo que, por mais que os julgadores entendessem como medida de justiça, diante do caso concreto, a modificação das convenções das partes e a substituição de cláusulas livremente aceitas pelos contratantes, tal faculdade não competia aos tribunais, vez que este mesmo contrato, segundo o Código Civil francês então vigente, fazia lei entre as partes e se aplicava a todos os contratos vigentes, independentemente de sua natureza de trato sucessivo ou não (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 956). Contudo, ao cotejar tal decisão com as demais recusas a revisar ou modificar o conteúdo de contratos patentemente desequilibrados, Menezes Cordeiro tece duras críticas ao conteúdo da decisão da *Cour de Cassation* francesa, a qual sequer se presta a fundamentar a decisão senão com recurso à literalidade do artigo 1.134:

A última destas decisões – a do canal de Craponne – caracteriza bem o conceptualismo exegético que prejudicaria, até hoje, a dogmática francesa.

Repare-se que, na própria estrutura da parte decisória da sentença, a norma do caso é deduzida dos postulados centrais, sem que às especificidades concretas do problema versado seja dada, sequer, uma oportunidade de integrar previsões diferentes. Duas outras particularidades desta decisão merecem ser salientadas. Na figuração da CassFr, a possibilidade de modificar um contrato, perante alterações das circunstâncias, implicaria o recurso à equidade; o Direito parece, à partida, como condenado à impotência. Por outro lado, o teor da decisão concitou a concordância da doutrina.

Deve ter-se, contudo, em mente que a CassFr deliberou sobre a decisão recorrida da C. App. Aix. Esta excedera-se, de facto: afirmara, sem justificação de maior, que a regra do art. 1134 Cod. Nap. não teria aplicação aos contratos sucessivos. Por reação, a CassFr incorreu em excesso inverso. (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 957)

Em que pese a manutenção de certa rigidez da Corte de Cassação francesa ao longo dos anos, os efeitos deletérios causados pela 1ª Guerra Mundial não deixaram de ser sentidos na realidade social francesa entre os anos 1914 e 1918. As saídas para a rigidez do *pacta sunt servanda* passaram, assim, a ser paulatinamente encontradas pela jurisprudência, da qual a teoria da imprevisão é constructo oriundo do contexto do Direito Administrativo (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 960).

O *leading case* de tal alteração jurisprudencial se trata de julgado do *Conseil d'État* datado de 30 de março de 1916, cujo conflito sob análise era derivado de um contrato de concessão celebrado entre a Prefeitura de Bordeaux e a *Compagnie Générale d'Eclairage* da mesma cidade (SCHREIBER, 2020, p. 191). No caso, a Companhia de Iluminação celebrou o referido contrato, em 1904, para o fornecimento de gás e eletricidade para a cidade pelo prazo de trinta anos, com fixação das tarifas devidas pela execução de tais serviços; todavia, após 1914, há substancial alta nos preços do carvão, aumento este que poderia colocar sob risco a própria viabilidade econômica da atividade da *Compagnie* (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 960).

Narra Anderson Schreiber (2020, p. 191) que o preço do carvão teria quintuplicado em relação aos valores de mercado anteriormente praticados, aumento este decorrente da ocupação das principais regiões de extração de carvão por tropas alemãs, o que levou a um evidente desequilíbrio do contrato de concessão. O Conselho de Estado francês decide, então - muito embora tenha ponderado que as alterações de preço compunham a álea do contrato (RENNER, 2007, p. 354) e não tenha alterado ou modificado o contrato, mantendo inalteradas as suas disposições (DIAS, 2017, p. 31) -, que a Companhia, em razão do interesse público na continuidade da execução do contrato, deveria manter a prestação dos serviços concedidos, mas que, para tanto, deveria ser indenizada pela variação de custos que excede a álea

econômica normal do contrato (SCHREIBER, 2020, p. 191), como forma de se retomar o equilíbrio contratual (SABRINNI, 2019, p. 136).

Consagra-se, assim, a chamada teoria da imprevisão, a qual autorizaria a revisão judicial de contratos, desde que a alteração imprevisível das circunstâncias acarrete oneração excessiva para uma das partes contratantes, caracterizando álea extraordinária (MARTINS-COSTA, 1991, p. 43). Em relação à natureza das circunstâncias supervenientes que venham a acarretar o desequilíbrio contratual, Rafael Renner, com fulcro em Jacques Ghestin, faz menção a três pontos de destaque acerca dos requisitos autorizadores da incidência da teoria da imprevisão: a imprevisão não se confunde nem pode ser reduzida à noção de força maior; o evento que altera as circunstâncias contratuais deve ser imprevisível, isto é, não tenha sido previsto e que nem fosse possível prevê-lo, excedendo os riscos normalmente decorrentes do contrato; e o evento não pode decorrer de culpa do prejudicado, ou seja, a causa do desequilíbrio não pode ser imputada à vítima (RENNER, 2007, p. 256-257).

Todavia, a justificativa para que a Companhia fosse indenizada se fundamentou na constatação de que a 1ª Guerra Mundial configurou situação extraordinária, apta a afetar a continuidade dos serviços da concessionária, cuja manutenção se justificava pelo interesse geral na permanência da execução de seu objeto, mas não com fundamento em qualquer razão de justiça contratual (DIAS, 2017, p. 31). Veja-se, portanto, que se tratou de decisão restrita ao âmbito do direito público, mais especificamente do direito administrativo – sob a justificativa de que o artigo 1.134 do Código Civil não seria aplicável aos contratos administrativos (RENNER, 2007, p. 254) –, de forma que a aplicação da mesma teoria no contexto dos contratos particulares fora rejeitada, mantendo-se o império da autonomia da vontade e não se admitindo que acontecimentos supervenientes, ainda que resultassem na quebra do equilíbrio contratual, ensejassem qualquer intervenção do Poder Judiciário (MARTINS-COSTA, 1991, p. 43).

Somente mediante intervenção legislativa que se passou a admitir que os contratos particulares afetados pela 1ª Guerra Mundial pudessem ser revisados sob os auspícios da teoria da imprevisão (SCHREIBER, 2020, p. 192). Editou-se, em 21 de janeiro de 1918, a famosa Lei *Failliot*, a qual autorizava a resolução ou suspensão dos contratos comerciais concluídos antes do início da Guerra – 1º de agosto de 1914 –, desde que tivesse por objeto a entrega de mercadorias em prestações sucessivas ou diferidas (SCHREIBER, 2020, p. 192) e fosse comprovado pelo pleiteante que, em decorrência do estado de guerra, a execução das obrigações causaria a um dos contratantes exagerados prejuízos, os quais excederiam as previsões, à época da contratação, do sacrifício econômico efetivamente devido (AZEVEDO,

2020, p. 50). Rompida a resistência legislativa inicial com a Lei *Failliot*, foram editadas, nos anos seguintes, outras leis de caráter excepcional, as quais autorizavam a intervenção judicial nos contratos particulares, tais como a que regulou os contratos de seguro e aquisição de imóveis a prestação (1919), bem como leis sobre os contratos de arrendamento (1924), sobre a possibilidade de revisão dos preços de aluguel (1925) e a que previa a possibilidade de reajuste de salários (1938).

Por fim, é digno de nota que, mesmo com a edição das mencionadas leis excepcionais, os tribunais franceses continuaram a resistir, até recentemente, a reconhecer a possibilidade de resolução ou revisão de contratos privados em decorrência de fatos imprevisíveis (SCHREIBER, 2020, p. 193), bem como o próprio núcleo duro do Código Civil de 1804, cujo norte interpretativo ainda se escorava no artigo 1.134, se manteve inalterado por 212 anos, até finalmente ser alterado na reforma do direito dos contratos de 2016, oportunidade na qual houve a inclusão expressa da teoria da imprevisão no *Code* (BORGES, 2017, p. 268).

O antigo artigo 1.134 fora substituído pelos artigos 1.103, 1.193, 1.194 e 1.195, sendo que este último introduziu, expressamente, a possibilidade de revisão contratual pela teoria da imprevisão no ordenamento jurídico francês (BORGES, 2017, p. 268-271). Assim, havendo alteração imprevisível das circunstâncias do contrato quando de sua execução, e que resulte em onerosidade excessiva para parte que não tenha concordado em assumir tal risco, o contratante prejudicado poderá solicitar, ao outro, a renegociação da avença, devendo continuar a cumprir suas obrigações ao longo do processo de renegociação. Infrutífera a solução consensual via renegociação, as partes podem concordar com a resolução do contrato em condições a serem acordadas, ou podem solicitar ao órgão judicial a adaptação da avença, sendo na, caso tal acordo também não seja obtido em prazo razoável, uma das partes pode solicitar ao juiz a revisão ou resolução do pacto (AZEVEDO, 2020, p. 51-52). Conforme tradução do artigo 1.195 do Código Civil feita por Anderson Schreiber:

Se uma mudança das circunstâncias imprevisível ao tempo da conclusão do contrato torna a execução excessivamente onerosa para uma parte que não tenha aceitado assumir o respectivo risco, pode tal parte demandar uma renegociação do contrato à contraparte. Ela continua a executar suas obrigações durante a renegociação. Em caso de recusa ou fracasso da renegociação, as partes podem acordar pela resolução do contrato, na data e nas condições que determinem, ou demandar de comum acordo ao juiz que proceda à sua adaptação. Na falta de acordo dentro de um prazo razoável, o juiz pode, a pedido de uma parte, revisar o contrato ou extingui-lo na data e nas condições que determine. (SCHREIBER, 2020, p. 193)

São, portanto, três os requisitos para incidência da teoria da imprevisão tal como contida no artigo 1.195 do Código Civil francês: há a necessidade de que se constate a

modificação imprevisível das circunstâncias; que tal alteração torne a execução do contrato excessivamente onerosa para uma das partes; e que inexista cláusula de aceitação expressa do risco decorrente de tal alteração das circunstâncias (SABRINNI, 2019, p. 138).

A inserção do referido dispositivo no contexto reformista do Código Civil de 1804 demonstra que, ainda que diante de uma clara cultura jurídica refratária à revisão ou intervenção judicial sobre os contratos – referida por Nelson Borges (2017, p. 269) como “antirrevisionista” –, a realidade social há de se impor e se sobrepor, ao final, aos centenários dogmas jurídicos, ainda que, para tanto, tal processo dure mais de 200 anos, tal como na experiência francesa.

4.3 A teoria da pressuposição e as teorias da base do negócio na Alemanha

A realidade alemã também fora palco de desenvolvimento de teorias específicas para a tutela do desequilíbrio contratual. Dentre estas, destaca-se, para os fins da presente dissertação, a teoria da pressuposição, desenvolvida por Bernard Windscheid em obra datada de 1850¹¹⁷, a qual, posteriormente, serviu como base para desenvolvimento das teorias da base do negócio de Paul Oertmann, pioneiro na utilização do tema, e Karl Larenz.

Essencialmente, Windscheid desenvolve a noção de pressuposição como uma condição não desenvolvida, isto é, uma autolimitação da vontade verdadeira do contratante (COGO, 2012, p. 74), a qual não fora inserida expressamente na avença, mas que serviria como pressuposto para o contrato (MARINHO, 2020, p. 14). Em outras palavras, ao emitir uma declaração de vontade, o contratante o faz de forma vinculada a um determinado estado de coisas – a pressuposição –, o qual, caso venha a não existir, não se concretizar ou deixe de existir, a relação jurídica não se manteria pela ausência da vontade real do contratante (WINDSCHEID *apud* MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 970).

Estabelecer-se-ia, assim, pelo declarante, uma relação de dependência entre a declaração negocial e a manutenção de certos eventos ou estado de coisas (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 970), de forma que a declaração de vontade somente seria válida com a manutenção do estado de coisas que a parte considera certo. Contudo, se o estado de coisas pressuposto não se concretiza, as consequências jurídicas decorrentes do contrato podem até corresponder à vontade efetiva do contratante, mas não à vontade verdadeira (LARENZ, 2002, p. 18).

¹¹⁷ “Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung”.

Conforme clara exposição de Nelson Borges (2002, p. 169), a teoria de Windscheid se assenta, portanto, em uma declaração de vontade condicionada à existência de um estado de relações, de forma que a não confirmação de tal estado de coisas pressuposto pelo “querer verdadeiro” do declarante poderia resultar na rejeição do cumprimento da obrigação. Neste sentido, afirma Bernard Windscheid que:

Assim, se o estado de coisas pressuposto não existir, ou não se concretizar ou deixar de existir, a relação jurídica constituída através da declaração de vontade não se mantém a não ser sem, ou melhor, contra a vontade do declarante (...) Resulta daí que ele pode repelir aquele, perante o qual esteja obrigado, com uma *exceptio (doli)*, caso este a queira fazer valer ou, sem que este a faça valer, exigir-lhe a restituição daquilo que dele tenha. (WINDSCHEID *apud* MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 970)

Em que pese o caráter absolutamente volitivo e psicológico da teoria da pressuposição, com ênfase no aspecto subjetivo da conclusão do negócio, há de se destacar que a pressuposição não poderia ser suscitada, para fins de se afastar o cumprimento da obrigação cujo estado de coisas pressuposto não se verificou de fato, se a condição não declarada não fosse cognoscível da contraparte (SCHREIBER, 2020, p. 180).

A pressuposição fora alvo, desde o seu início, de acirrado debate acerca de sua utilização; contudo, ao ser recebida, ao menos em parte, pelo primeiro projeto do *BGB* em seu §742, a teoria da pressuposição foi colocada no centro das críticas, o que resultou em sua retirada da versão final do texto (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 971). Neste sentido, dentre as várias objeções à teoria, foram as críticas de Otto Lenel as mais decisivas e que resultaram em sua exclusão pela 2ª Comissão do Projeto do *BGB*, sob a justificativa de que sua inclusão atentaria contra a segurança do tráfico¹¹⁸ (*Protokolle*, II, 290 s.), conforme relato de Pontes de Miranda (MIRANDA, 2012, t. 25, p. 302).

As críticas de Lenel destacaram, por exemplo, que a adoção da teoria da pressuposição representaria tentativa de se “abrir portar ao que está na mente do outro figurante, ou que não está nítido na mente dos dois”, além de possibilitar que se atenda ao que somente um dos contratantes pressupôs (MIRANDA, 2012, t. 25, p. 303). Explorando, ainda, outras críticas direcionadas por Otto Lenel à teoria, indica Anderson Schreiber que:

Para Lenel, a teoria de Windscheid procurava criar uma figura intermediária entre os motivos subjetivos do contratante e a condição. A tentativa era falha, na visão de Lenel, porque uma de duas situações ocorreria: ou a

¹¹⁸ Antonio Menezes Cordeiro não deixou de tecer críticas, contudo, a este mérito. Neste sentido, indica que, se houve exacerbada preocupação dos redatores do *BGB* que a inclusão de tal teoria resultaria em insegurança jurídica, o próprio *BGB* não teve dúvidas em positivar institutos mais ousados e menos esclarecidos que o da pressuposição, como a própria boa-fé. A garantia da segurança jurídica, para o autor, não seria um problema de difícil solução, sendo que bastaria o enquadramento da pressuposição em um adequado esquema de exigência probatória (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 975).

contraparte do negócio desconhecia por completo a pressuposição, ou, conhecendo-a, não esteve disposta, no momento da conclusão do negócio, a subordinar a essa pressuposição a sua eficácia, tomando-a como mero assunto particular da outra parte. Em qualquer dos casos, estar-se-ia submetendo a contraparte a uma condição que não foi aceita. Acatar a pressuposição significaria, nesse sentido, confundir os motivos unilaterais com as condições, abrindo as portas do Direito à insegurança. (SCHREIBER, 2020, p. 181)

Ao final, é certo que a teoria não logrou sucesso na realidade alemã, muito embora tenha sido importante ponto de partida para as posteriores discussões doutrinárias e tentativas de desenvolvimento de teorias atinentes às alterações das circunstâncias na experiência jurídica tedesca. Note-se, contudo, que a rejeição alemã à pressuposição não a impediu a de se espalhar para outros ordenamentos jurídicos, tal como na Itália e em Portugal (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 980).

Todavia, a discussão iniciada por Windscheid fora essencial para reacender a questão da alteração das circunstâncias no ordenamento jurídico alemão. Neste sentido, frisa Karl Larenz que, em que pese a recusa de se adotar a teoria da pressuposição no *BGB*, as perturbações econômicas decorrentes da 1ª Guerra Mundial e os efeitos da inflação prepararam o terreno para adoção da teoria de Windscheid, cuja recepção se deu pela obra desenvolvida por Paul Oertmann (LARENZ, 2002, p. 19).

Partindo do quanto teorizado por Bernard Windscheid, Paul Oertmann viria a publicar, em 1921, sua teoria acerca da *Geschäftsgrundlage*, ou base do negócio jurídico (SCHREIBER, 2020, p. 181), na qual se esforçou para enfrentar e, na medida do possível, superar as críticas formulas por Otto Lenel à teoria da pressuposição, tal como aquela direcionada à constatação de que a noção de pressuposição não seria suficientemente distinta da noção geral de “motivo” (LARENZ, 2002, p. 19).

Tal qual a teoria da pressuposição, a teoria da base do negócio de Oertmann também se trata de concepção voluntarista e concebida de forma puramente psicológica. Diferentemente da pressuposição, a qual era parte integrante da declaração de vontade e não do negócio, a base do negócio se refere, ao revés, ao negócio como um todo (LARENZ, 2002, p. 19-20). Conforme definição de Oertmann, apresentada por Karl Larenz, a base do negócio é:

la representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del negocio jurídico, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra parte, o la común representación de las diversas partes sobre la

*existencia o aparición de ciertas circunstancias, en las que se basa la voluntad negocial.*¹¹⁹ (OERTMANN *apud* LARENZ, 2002, p. 20)

Assim, se a teoria da base do negócio de Oertmann se aproxima da teoria da pressuposição na medida em que ambas se fundamentam em aspectos puramente psicológicos dos contratantes, a primeira faz questão de frisar que somente seriam dignas de tutela aquelas representações comuns a ambas as partes, distanciando-se, assim da concepção unilateral da pressuposição (DIAS, 2017, p. 35). As teorias se distanciam, ainda, na medida em que a base do negócio jurídico não é concebida como uma autolimitação da vontade, tal como era a noção de pressuposição, mas configura, em verdade, uma representação sobre a qual a vontade se formaria¹²⁰ (RENNER, 2007, p. 261).

Se, portanto, a base do negócio seria caracterizada por tal representação comum – ou, ao menos, conhecida pela contraparte – sobre a existência ou aparecimento de certas circunstâncias que condicionariam a vontade negocial das partes (GOMES, 1980, p. 100), caso estas inexistassem ou venham a desaparecer com o tempo, sem que qualquer das partes tenha assumido o risco de seu desaparecimento, o contratante prejudicado poderia pleitear a resolução do contrato ou realizar sua denúncia, na hipótese de contratos de trato sucessivo (SCHREIBER, 2020, p. 182).

Em que pese a larga aceitação da teoria da Alemanha¹²¹, esta não era infensa a duras críticas. Orlando Gomes, por exemplo, destaca que a teoria da base do negócio não escapa às críticas formuladas por Lenel à teoria de Bernard Windscheid, mormente pois a base do negócio se trataria da mesma pressuposição outrora rejeitada, exigindo-se, como critério adicional, apenas o reconhecimento pela parte contrária, sem que, contudo, se configure realmente como uma condição, lembrando que inexiste meio termo entre esta e um mero motivo (GOMES, 1980, p. 100). Ademais, não se liberta a teoria de Oertmann do

¹¹⁹ Há tradução livre de tal trecho, feita por Anderson Schreiber (2020, p. 181) sobre a versão espanhola da obra de Karl Larenz: “representação mental de uma das partes no momento da conclusão do negócio jurídico, conhecida em sua totalidade e não rechaçada pela outra parte, ou a comum representação das diferentes partes sobre a existência ou surgimento de certas circunstâncias nas quais se baseia a vontade negocial”.

¹²⁰ Karl Larenz, contudo, insiste que a formulação de Oertmann supera, apenas parcialmente, as objeções de Otto Lenel; destaca, neste sentido, que Oertmann não haveria demonstrado em que medida tal “representação mental” se diferenciaria dos motivos do contrato (LARENZ, 2002, p. 20).

¹²¹ Antonio Menezes Cordeiro aponta, todavia, que, embora a base do negócio tivesse encontrado larga consagração jurisprudencial, análise mais detida das decisões do Tribunal do *Reich* demonstra eu o apego à teoria oertmanniana se tratou de mera recepção linguística da terminologia “base do negócio”; não raramente, a jurisprudência se valia de tal conceito para aplicar regras de diferentes dimensões, tais como aquelas relativas à equivalência das prestações ou à simples aplicação da equidade, as quais remetiam à base do negócio como elemento justificador. Destaca-se, por fim, que a dita “base do negócio” fora retomada, em contexto assistemático, por vários autores, os quais empregavam o termo sob diferentes acepções, de sorte que a referência à teoria não significava, necessariamente, a aceitação da teoria de Oertmann (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 1045).

subjetivismo ínsito ao conceito de pressuposição, sendo meramente psicológico e atrelado à representação mental das partes; contudo, se estas “não pensaram, ou não podiam pensar, nas circunstâncias que deviam existir, ou persistir, o contrato não poderá ser resolvido pelo desaparecimento de sua base” (GOMES, 1980, p. 100).

Pontes de Miranda – que se refere à teoria de Oertmann como “teoria da base subjetiva do negócio jurídico” (MIRANDA, 2012, t. 25, p. 304), em entendimento análogo ao de Orlando Gomes, critica duramente a noção de representação, indicando, exatamente, a problemática que surge ao se considerar os fatos não imaginados pelos contratantes, o que levaria, ao cabo, à própria insegurança jurídica:

A alusão à representação provoca argumentos contrários à teoria da base subjetiva do negócio jurídico: não se pode preestabelecer que, ao contratar em tempo de paz, se pense em guerra, que pode vir (as guerras sempre podem vir); nem que, ao contratar em tempo de bom câmbio exterior, se pense em inflação, que pode surgir, ou crescer [...] Se não estava na psique de qualquer dos figurantes, é absurdo afirmar-se que houve comum vontade negocial. [...] Quem quer algo quer dentro de espaço-tempo-energia, que reputa indestrutível a despeito das inevitáveis alterações de cada momento. Note-se que se insiste em se afirmar a base subjetiva. Verdade é que, para se dar entrada ao em que o figurante ou figurantes não pensaram, se abriram as portas a inúmeros casos de mudanças de circunstâncias, comprometendo-se a ordem extrínseca, isto é, mais acatado regramento da vida [...]. (MIRANDA, 2012, t. 25, p. 304-305)

Por fim, Larenz indicava que a teoria de Oertmann era, a um só tempo, muito ampla e muito limitada: muito ampla, pois, se aplicada integralmente, levaria à admissão de que a desapareção da base se daria em inúmeros casos, colocando em risco a própria segurança do negócio (LARENZ, 2002, p. 17), diante da impossibilidade de se definir qual representação exteriorizada que chega ao conhecimento da contraparte e que poderia ser considerada como base do negócio (COGO, 2012, p. 86); e muito limitada, pois se preocupa, tão somente, com a representação das partes, mas não com as circunstâncias objetivamente relacionadas com o necessário para que se alcance a finalidade contratual comum a todos os contratantes (LARENZ, 2002, p. 17).

Iniciou-se, assim, após o desenvolvimento inicial da base do negócio, a busca por novas teorias que fossem fundadas em aspectos objetivos – em contraposição mãos elementos puramente psicológicos da teoria de Oertmann -, no intuito de conferir maior segurança ao trabalho das cortes (SCHREIBER, 2020, p. 183).

As novas empreitadas teóricas foram conduzidas, exemplificativamente, por autores tais como Eugen Locher, o qual uniu a teoria da base do negócio de Oertmann com conteúdo da cláusula *rebus sic stantibus*, propugnando que a base do negocio seria constituída não pela

representação mental das partes, mas pelas circunstâncias necessárias para que fosse alcançada a finalidade do negócio (LARENZ, 2002, p. 27), as quais seriam determinadas tanto pelas partes quanto que pelo próprio negócio. Fundamentada no §812, alínea 1ª, do *BGB*, a qual trata sobre o enriquecimento ilícito, a resolução do contrato poderia ser invocada sempre que surgissem circunstâncias supervenientes que impedissem a consecução da finalidade contratual (MIRANDA, 2012, t. 25, p. 306).

São mencionadas com frequência, ainda, as teorias desenvolvidas por Erich Kaufmann e Paul Krückmann na doutrina alemã. Kaufmann, em sua teoria, coloca em evidência a chamada “vontade eficaz” do contratante, mais ampla e que se dirige a tudo que seja conforme a finalidade jurídica de um tipo contratual, a qual contrapõe ao que denomina “vontade empírica”. Consequentemente, a obrigação assumida por cada contratante deve ser limitada àqueles aspectos que lhes possam ser imputados como decorrentes de sua vontade eficaz, tendentes à realização da finalidade essencial de determinado tipo contratual. Desta forma, eventual alteração das circunstâncias se torna relevante na medida em que venha a colocar em risco, ou mesmo a destruir, determinada relação de equivalência entre prestação e contraprestação exigidos pela finalidade contratual (LARENZ, 2002, p. 26).

Por sua vez, Krückmann defendeu, após a 1ª Guerra Mundial, a validade da cláusula *rebus sic stantibus*, a conceituando de forma semelhante a uma reserva virtual que seja, independentemente do conhecimento da contraparte, lógica e imanentemente decorrente da vontade negocial e das declarações das partes, convertendo-se em parte do conteúdo do contrato, a não ser que haja oposição expressa dos contratantes. Destarte, constatada a falta de sentido, fim ou objeto de dada relação contratual em decorrência de uma variação imprevista das circunstâncias, o contrato poderia ser resolvido (LARENZ, 2002, p. 26-27).

Contudo, uma das teorias mais conhecidas e difundidas acerca da base negocial fora a reformulação elaborada por Karl Larenz, o qual ponderou, de um lado, as acepções subjetivas de Windscheid e Oertmann, e, de outro, as teses objetivas de Kaufmann, Krückmann e Locher (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 1046). Larenz (2002, p. 34) sistematiza, assim, que a expressão “base do negócio” poder ser compreendida em dois sentidos, quais sejam, como base subjetiva e objetiva do negócio.

A base subjetiva do negócio, conforme definição apresentada pelo autor, seria a determinação de vontade de uma ou de ambas as partes, como uma representação mental existente à época da conclusão do contrato, e que teria influenciado, em grande medida, a formação dos motivos do contrato. Por sua vez, a base objetiva do negócio, em célebre terminologia consagrada pelo autor, corresponderia ao conjunto de circunstâncias cuja

existência ou manutenção seria essencial para a conservação do sentido, fim ou objeto contratuais (LARENZ, 2002, p. 34).

Veja-se que a noção de base subjetiva do negócio, para Larenz, não é de todo distinta da concepção desenvolvida por Paul Oertmann¹²²; o autor se vale da mesma concepção da existência de uma representação mental, comum a ambas partes¹²³, sobre o contrato, a qual seria decisiva para sua conclusão. Na hipótese de não realização de tal representação, estar-se-ia diante de clara hipótese de “erro sobre os motivos”, cujo suporte fáctico seria a pressuposição comum às partes sobre a parte, derivando a respectiva solução da teoria geral dos erros sobre os motivos, embora esta seja, em regra, unilateral (LARENZ, 2002, p. 37). Exemplifica que a falta da base subjetiva do negócio tem maior importância prática quando, por exemplo, ambos os contratantes possuem representação comum errônea acerca da qualidade de um determinado objeto, ou mesmo sobre outras circunstâncias que sejam fundamentais para a formação da vontade das partes, como a base de cálculo comumente aceita (LARENZ, 2002, p. 41).

Mais importante, contudo, foram as inovações de Karl Larenz no desenvolvimento do veio a cunhar como a base objetiva do negócio. Em considerações preliminares, o autor aponta que cada contrato cria ou regula relações entre as partes, as quais são, em maior ou menor medida, uma manifestação das circunstâncias sociais existentes, sendo que dadas situações vêm a integrar o contrato na qualidade de “pressuposições imanentes”; por tal motivo, a própria interpretação do contrato não se fundamenta somente nas palavras utilizadas e em seu sentido inteligível, mas também nas próprias circunstâncias em que o contrato fora concluído (LARENZ, 2002, p. 91).

É, por tal razão, que se justifica a assertiva de que, em havendo uma posterior transformação fundamental das circunstâncias, sobre as quais possivelmente não teriam pensado os contratantes, de forma que não poderiam tê-las levado em consideração quando da ponderação de seus respectivos interesses e da distribuição dos riscos contratuais, a própria execução do contrato sob estas novas circunstâncias fáticas levaria à perda de seu sentido originário e acarretaria consequências distintas das inicialmente projetadas ou razoavelmente esperadas. E, em suma, é este o “velho problema” da cláusula *rebus sic stantibus*, a sujeição

¹²² Em conclusão similar, cf. Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (2013, p. 1046), nota 558.

¹²³ Trata-se, realmente, de importante contribuição de Karl Larenz à base do negócio de Oertmann, exigindo, para sua aplicação, que a representação mental sobre a base subjetiva do negócio seja comum às partes, e não apenas “não rechaçada” pela contraparte. Foi a forma desenvolvida pelo autor para a superação das críticas feitas ao constructo de Oertmann, o qual não lograva definir, de fato, qual seria a representação mental efetivamente exteriorizada e de conhecimento do outro contratante (COGO, 2012, p. 96).

de uma relação contratual preexistente a uma variação imprevista das circunstâncias de tamanha intensidade que sua manutenção é injustificável (LARENZ, 2002, p. 91-92).

Reconhece, assim, que a base subjetiva do negócio é insuficiente para tutela, isoladamente, de tal problema, e questiona a viabilidade de se encontrar critério e solução dotados de certa generalidade, ou se, de fato, a única solução possível seria a de continuar a empregar, casuisticamente, o critério da equidade¹²⁴ (LARENZ, 2002, p. 92). Diante de tal questionamento, Larenz aponta que entende como base objetiva do negócio as circunstâncias e o estado geral de coisas cuja existência ou subsistência são objetivamente necessárias para a subsistência do próprio contrato (LARENZ, 2002, p. 159), ao passo em que sistematiza duas grandes hipóteses de quebra de tal base objetiva do negócio: a destruição da relação de equivalência entre as prestações (LARENZ, 2002, p. 122) e a impossibilidade de se alcançar o fim do contato (LARENZ, 2002, p. 138), também referida como frustração do escopo contratual (MENEZES CODEIRO, 2013, p. 1047).

Em breve síntese, a destruição da relação de equivalência¹²⁵ (*Äquivalenzstörung*) ocorre quando, por força de determinada alteração de circunstâncias, a relação de equivalência existente entre prestação e contraprestação se modifica a tal ponto, que não mais pode se falar de uma contraprestação efetivamente equivalente – característica esta essencial aos contratos bilaterais, vez que ínsita à sua própria natureza -, o que leva, inevitavelmente, à perda de seu sentido e caráter originais. Afirma-se, assim, que em tal situação a base de todo o contrato “desapareceu” (LARENZ, 2002, p. 122).

Por sua vez, a impossibilidade de se realizar o fim do contrato (*Zwerckvereitelung*) consistiria na segunda hipótese em que a conservação do contrato não mais se justificaria, ou, ao menos, não sem antes sofrer modificações, pois também teria perdido seu sentido original (LARENZ, 2002, p. 138). Assim, a finalidade objetiva do contrato, expressa por seu conteúdo, se torna inalcançável, ainda que passível de cumprimento pelo devedor¹²⁶

¹²⁴ Inclusive, o recurso constante à boa-fé (§242 do *BGB*), até mesmo para fins de fundamentação de soluções casuísticas para casos relativos às alterações das circunstâncias, fora expediente adotado pelos intérpretes alemães diante da ausência de base legal para tanto, de acordo com José de Oliveira Ascensão (2008, p. 16). Contudo, reputa que, uma vez positivados institutos jurídicos especializados para a tutela de tais hipóteses, o contínuo recurso à boa-fé se trata de solução acrônica, vez que, atualmente, já se reconhece a tutela direta do equilíbrio contratual.

¹²⁵ Aqui, Karl Larenz sustenta que a noção de equivalência das prestações, quando objetivamente considerada, pode estar presente até mesmo quando a contraprestação for de valor notavelmente inferior ao da outra prestação, bastando que aquela seja considerada como equivalente por quem presta esta última (LARENZ, 2002, p. 122).

¹²⁶ Aponta Orlando Gomes, contudo que a hipótese de frustração do fim do contrato não deve ser confundida com a de impossibilidade superveniente da prestação. Isto pois, em verdade, a prestação continua possível, mas deixa de ser interessante o seu adimplemento, pois o respectivo cumprimento ou recebimento perde seu sentido (GOMES, 1980, p. 103).

(LARENZ, 2002, p. 159). Quanto ao conceito que emprega ao tratar sobre a finalidade do contrato, aponta Larenz que:

La imposibilidad de alcanzar el fin sólo afecta a la subsistencia del contrato cuando se trate no de la finalidad de una sola parte, sino de la finalidad común y, en este sentido, finalidad objetiva del contrato. Locher señala con acierto, que lo que él llama “finalidad del negocio” es primordialmente el fin de una de las partes y continua siéndolo aun cuando se haya convertido en contenido del contrato y, por consiguiente, en “finalidad del negocio”.

[...]

“Finalidad objetiva del contrato” es la finalidad de una parte si la outra la hizo suya. Esto ha de admitirse especialmente cuando tal finalidad se deduzca de la naturaleza del contrato y cuando ha determinado el contenido de la prestación o la cuantía de la contraprestación. (LARENZ, 2002, p. 155 e 159)

Karl Larenz também sistematizou as consequências decorrentes da quebra das respectivas bases subjetiva e objetiva do negócio, demonstrando que, para cada circunstância, um determinado remédio ou certa consequência jurídica se apresentariam. Assim, constatada a inexistência ou o desaparecimento posterior da base subjetiva do negócio, o contrato ou a disposição contratual seriam, a princípio, ineficazes, a teor do §779 do *BGB* (LARENZ, 2002, p. 184).

Por sua vez e em relação à base objetiva do negócio, na hipótese da destruição da relação de equivalência (*Äquivalenzstörung*), a parte prejudicada, caso não tenha adimplido com a prestação, pode se recusar a fazê-lo, desde que a contraparte não ofereça um adequado aumento da contraprestação, de modo a reestabelecer a equivalência; no caso de recusa de tal aumento, pode a parte resolver o contrato ou denunciá-lo, na hipótese de contrato de longa duração, inclusive podendo ser indenizado na hipótese de já haver cumprido com sua obrigação (LARENZ, 2002, p. 184). Em sentido similar, na hipótese de impossibilidade de se realizar o fim do contrato (*Zwerckvereitelung*), a parte prejudicada poderia rechaçar a prestação e se recusar a sua, desde que ultrapasse os gastos da contraparte para a preparação e execução do contrato (LARENZ, 2002, p. 184).

Buscando, ainda, a delimitação do campo de aplicação de sua teoria, Karl Larenz apontou, ainda, três situações nas quais não se constataria o desaparecimento da base objetiva do negócio quando da transformação das circunstâncias: quando estas forem pessoais, ou estão dentro da esfera de influência da parte prejudicada; quando repercutiram no contrato pois a parte prejudicada estava em mora, seja *solvendi* ou *accipiendi*; ou, por fim, quando eram previsíveis e integravam o contrato como risco assumido (LARENZ, 2002, p. 159).

Em que pese a complexidade e a profundidade da teoria desenvolvida por Karl Larenz, esta fora objeto de diversas críticas da doutrina alemã. Tais críticas se deram, em parte, por não ter logrado Larenz a superar as críticas já existentes às diversas teorias subjetivas e objetivas existentes, ao passo em que, ao atribuir duplo sentido à base negocial, acabou por atrair críticas oriundas dos dois extremos do debate, além de suscitar dúvidas acerca da real compatibilidade de se incluir temas tão distintos sob uma mesma denominação (SCHREIBER, 2020, p. 185), ainda que qualitativamente diferenciadas entre acepções subjetiva e objetiva.

Ademais, autores como Blomeyer questionaram, ainda, a cisão das causas de perturbação da base objetivo do negócio entre destruição da equivalência das prestações e a impossibilidade de se realizar o fim do contrato, indicando que a previsão exaustiva de duas espécies de previsões acabaria por excluir todos os demais riscos estranhos ao contrato; Esser, por sua vez, critica a divisão da base do negócio entre objetiva e subjetiva, na medida em que, reciprocamente, ambas exigem elementos subjetivos e objetivos em sua caracterização (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 1048).

Tamanho fora o impacto de tais críticas que, conforme relato de Menezes Cordeiro (2013, p. 1050), o próprio Larenz viria a ceder em face das objeções apresentadas, mitigando a divisão antes operada na base do negócio. Como observação final, o autor aponta, ainda, que Larenz introduziu, no cerne da teoria da base do negócio, previsões normativas diferentes, fenômeno por ele denominado de “difusão horizontal”, o qual fora sistematicamente aprofundado e alargado mediante sua utilização e mesma recepção verbal pelo Tribunal do *Reich*.

Como resultado, a base do negócio passa a abranger questões diversas, ainda que com fundamentos não científicos, em contínuo processo de esvaziamento dogmático. Conclui, portanto, constatando que, no termo, a dita “base do negócio” não mais exprime uma doutrina portadora de soluções, ou mesmo uma problemática clara, sendo, nos últimos anos, uma fórmula dogmática vazia, com diminuto ou inexistente conteúdo normativo ou material (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 1050).

Independentemente da análise teórica ou das críticas já apresentadas, a realidade jurídica brasileira continua a fazer menções à “base do negócio”, ainda que o faça, aparentemente, de forma assistemática. Em verdade, a referência brasileira a tal teoria não parece indicar as teorias de Oertmann ou mesmo de Larenz, mas aparenta ser simples remissão a uma visão menos subjetiva da questão da alteração superveniente das circunstâncias, a qual no mais, das vezes, acaba por se referir à forma de desequilíbrio contratual superveniente

prevista no CDC, a qual não inclui, dentre seus requisitos, o da imprevisibilidade (SCHREIBER, 2020, p. 185). Contudo, a simples existência de uma teoria mais objetiva no direito contratual pátrio não parece autorizar que se faça, de forma desarrazoada e injustificada, a importação de nomenclaturas de teorias estrangeiras.

Por fim, é de importante nota a menção à reforma normativa do Direito Obrigacional alemão (*Schuldrechtsreform*), operada entre os anos de 2001 e 2002, a qual veio a alterar o *BGB*. Ainda que levadas em consideração todas as críticas pretéritas direcionadas à sistematização apresentada por Larenz, é certo que a referida reforma se inspirou, em grande medida, na teoria da base do negócio (SCHREIBER, 2020, p. 186). Conforme relato de Marcos de Almeida Villaça Azevedo, a reforma incluiu, no *BGB*, o §313, o qual trata especificamente do rompimento da base do negócio e autoriza a revisão judicial dos contratos, de sorte que seria possível a indicação, atualmente, da existência de um princípio geral de revisão do contrato, desde que as alterações supervenientes das circunstâncias venham a causar desequilíbrio entre as prestações pactuadas¹²⁷ (AZEVEDO, 2020, p. 63-64).

4.4 A tutela da alteração das circunstâncias em Portugal

O tema da alteração das circunstâncias se trata, na realidade portuguesa, de um dos temas jurídico-privados mais tratados por sua doutrina, tendo desenvolvido previsões normativas que contemplassem as modificações da regulação contratual ao longo dos séculos XVI, XVII e XVIII. Ainda que ausente uma referência global ao tema, indica-se que as próprias Ordenações já continham disposições setoriais relativas à problemática da alteração das circunstâncias, embora o foco de tais discussões tenha se dado no âmbito da doutrina e em parte da jurisprudência (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 905).

Em certa medida, tal tratamento tradicional do tema da alteração das circunstâncias também sofrera influxos da do trabalho de Bartolo, muito embora Menezes Cordeiro limite, por aí, a influência do direito europeu contemporâneo sobre a doutrina portuguesa, indicando

¹²⁷ Marcos de Almeida Villaça Azevedo aponta, em breve síntese, a mudança legislativa operada pela inclusão do §313 do *BGB*: “ para revisão judicial ou resolução do contrato, devem estar presentes os requisitos previstos no item 1 do §313 do *BGB*: a) alteração superveniente das circunstâncias que constituíram a base do negócio e do contrato, ou seja, dos elemento que provavelmente motivaram a manifestação das vontades para realização do negócio, principalmente o que eles representaram para ambas as partes ou para apenas uma delas, mas reconhecível pela outra [...] b) alteração essa não prevista pelas partes, de maneira que, se elas a tivessem previsto, não teriam realizado o negócio ou teriam celebrado o contrato com conteúdo diverso, estipulando outros termos e condições, e portanto, a alteração de circunstâncias deve ser grave ou substancial a ponto de causar o rompimento ou perturbação da base do negócio, extrapolando os limites da repartição dos riscos que são comuns à espécie o contrato e, por isso, são ou devem ser esperados pelas partes e suportados por uma delas; c) em razão dessa alteração das circunstâncias, não possa mais ser razoavelmente exigido o adimplemento da prestação da parte prejudicada que passou a suportar um risco diverso e inesperado.” (AZEVEDO, 2020, p. 64).

que seu desenvolvimento se deu por preocupações nitidamente oriundas da realidade do país (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 907); tem-se, portanto, que o bartolismo e um certo desenvolvimento espontâneo e autônomo nacional que informaram a tradição jurídica portuguesa da alteração das circunstâncias (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 908).

Todavia, e muito embora a preexistência de debates sobre o tema pudesse sugerir, em uma análise preliminar, que a própria inércia doutrinária manteria o curso de desenvolvimento de tais teorias ao longo dos séculos, tal expectativa não reflete a realidade que se sucedeu. Em verdade, a ausência de um desenvolvimento unitário sobre o tema, bem como a utilização de metodologias desatualizadas, contribuiu para sua estagnação, além do já mencionado silêncio francês e alemão, no Código Civil de 1804 e no *BGB*. Como resultado, tem-se que o Código Civil de 1867 nada contribuiu sobre o tema – agindo, inclusive, contrariamente à tutela das alterações das circunstâncias contatuais -, o qual somente fora retomado pela atuação da doutrina, em muito pela influência das teorias posteriormente desenvolvidas em solo estrangeiro (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 908-909).

Quanto a tal retomada de discussão pela doutrina portuguesa, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão (2008, v.2, p. 133) afirma que, desde o início do século XX, a doutrina portuguesa recepcionou a teoria da pressuposição de Windscheid, em que pese sua integral rejeição na Alemanha, o que poderia ser explicado pela existência de tradução italiana da obra, o que facilitou sua difusão e recepção por países latinos, especialmente em Portugal¹²⁸.

Posteriormente, com a elaboração da teoria da base do negócio de Paul Oertmann, esta também viria a ser recepcionada, inicialmente, por Luís Cabral de Moncada, o qual rejeitava a pressuposição em seus termos mais amplos, sustentando sua incompatibilidade com a segurança jurídica e que somente teria relevância caso compusesse, de forma evidente, a base negocial (LEITÃO, 2008, v.2, p. 133). A teoria da base do negócio seria progressivamente mencionada em solo lusitano por diversos autores, e contou com importante contribuição de Manuel de Andrade, de cuja construção não se distancia muito a atual opção legislativa portuguesa sobre o tema (COSTA, 1999, p. 276-277).

¹²⁸ Compartilhando da mesma posição, cf. Menezes Cordeiro (2013, p. 912), nota 47. O autor sustenta, ainda, que a introdução da teoria da pressuposição teria se dado por obra de Guilherme Alves Moreira (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 912). Em consulta ao original, pode-se constatar que, de fato, Guilherme Alves Moreira já destacava que o então Código Civil português não continha disposição alguma onde tivesse sido formulada a teoria da pressuposição, além de destacar as duras críticas direcionadas à teoria e que o legislador português também não adotou a referida designação. Contudo, conclui pela possibilidade de integração do conceito com outros mais amplos, apontando, ainda, a existência de dispositivos legais que já tratavam da revogação ou resolução dos negócios jurídicos em decorrência de circunstâncias que levaram à desaparecimento de fato ou de direito que conformavam a vontade das partes e o próprio negócio jurídico (MOREIRA, 1907, v. I, p. 496-499).

Inicialmente em concordância com a teoria da base negocial desenvolvida por Lehmann¹²⁹, Manuel de Andrade vai além de tal formulação original, defendendo que a resolução ou modificação do negócio seria justificada sempre que a boa-fé indicasse tal necessidade, independentemente de aceitação de cláusula condicionante quando da conclusão do contrato (COSTA, 1999, p. 277-278).

Este aparente predomínio de teorias de origem alemão não se deu, contudo, de forma isolada. Antonio Menezes Cordeiro (2013, p. 909-913) relata que, à época, as teorias tedescas eram ombreadas por quatro outras orientações de origens e naturezas distintas: uma orientação negativista¹³⁰, outra de origem nacional, e as demais vinculadas ao administrativismo francês, ao institucionalismo de Betti, à ciência jurídica alemã. Ao cabo, as teorias alemãs sagraram-se dominantes na doutrina portuguesa. Diversos fatores vieram a contribuir para tal sucesso, dentre os quais se destacam a recepção global da teoria alemã, o peso dos autores que a subscreveram e mesmo a situação de fraqueza das outras teorias em face às germânicas (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 913).

Em última instância, quando da edição do Código Civil português de 1966, a teoria adotada não fora a mais recente, a mais aplica ou mesmo a melhor, mas, tão somente, aquela que fora alvo de maior divulgação em Portugal, sendo, inclusive, alvo de críticas a opção legislativa em referenciar expressamente uma teoria – a base do negócio –, ao invés de adotar uma fórmula neutra (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 914).

O Código Civil português possui, atualmente, dois conjuntos de regras relativos à base negocial: as regras previstas nos artigos 437º a 439º, sob a rubrica de “resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias”, que vem a tratar da alteração objetiva das circunstâncias; e aquela prevista no artigo 252º, cuja menção é comumente esquecida pela doutrina brasileira, mas que faz menção expressa aos “erros sobre os motivos”, inclusive aqueles que venha a recair sobre a base do negócio. Tal dispositivo pode, em certa medida, levar à interpretação de que o legislador português haveria consagrado a base

¹²⁹ A teoria unitária de H. Lehman se tratou de uma das tentativas de ulterior desenvolvimento da base negocial, propugnando o autor pela união dos elementos objetivos e subjetivos da base do negócio jurídico. Sustenta, em suma, a necessidade do recurso à boa-fé, para fins de verificação se o contratante, de fato, admitiu que o fim do contrato dependeria de certas circunstâncias, ou se lealmente teria admitido, se tivesse ciência da insegurança das circunstâncias no momento da conclusão do contrato (COGO, 2012, p. 91). Para uma melhor análise da teoria e das críticas a ela dirigidas, conferir as obras de Pontes de Miranda (2012, v. 25, p. 309), Orlando Gomes (1980, p. 104-106) e Rodrigo Barreto Cogo (2012, p. 91-93).

¹³⁰ “Negativismo” é empregado pelo autor, aqui, no sentido de simples recusa e não aceitação à alteração das circunstâncias. De certa forma dominantes na doutrina portuguesa, vinculavam sua tese na não consagração, pela então legislação portuguesa, de institutos relativos à tutela da alteração das circunstâncias dos contratos, sustentando que o princípio do respeito contratual seria com estes incompatível (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 909-910).

subjetiva do negócio no Código Civil de 1966, embora não se trate de tema despido de polêmicas. A este teor, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão faz breve cotejo entre os dispositivos, com especial à remissão feita pelo artigo 252º, nº 2, ao quanto regrado pelo artigo 437º:

Em consequência, ao actual Código Civil consagra uma disposição sobre a alteração das circunstâncias, o art. 437.º, onde se dispõe o seguinte:

[...]

Ao mesmo tempo, porém, numa formulação algo enigmática vem prever no art. 252.º, o erro sobre a base do negócio, como uma categoria especial do erro sobre os motivos referindo que “se, porém, [o erro] recair sobre as circunstâncias que constituem a base do negócio, é aplicável ao erro do declarante o disposto sobre a resolução ou a modificação do contrato por alteração das circunstâncias vigentes no momento em que o negócio foi concluído”.

O confronto entre estas duas disposições poderia fazer supor que o legislador pretendeu consagrar simultaneamente as concepções objectiva e subjectiva da base do negócio para efeitos de aplicação do regime da alteração das circunstâncias. Efectivamente, enquanto no âmbito do art. 437.º se encontra claramente em causa uma situação objectiva (as circunstâncias efetivamente existentes no momento da celebração do contrato e que depois se alteram), no âmbito do art.; 252.º, n.º 2, ao se fazer referência ao erro, estará em causa a falsa representação sobre essas circunstâncias, na esteira da doutrina de Oertmann. No entanto, o regime aplicável seria o mesmo, já que o art. 252.º, n.º 2, vem remeter para o art. 437.º. A nossa doutrina tem vindo, porém, a rejeitar esse entendimento, pondo em causa a remissão do art. 252.º, n.º 2 para o art. 437.º, com o argumento de que a falsa representação sobre a base do negócio coloca apenas um problema de erro, com a consequência da anulação do contrato, e não a possibilidade da sua resolução ou modificação segundo juízos de equidade. (LEITÃO, 2008, v. 2, p. 134)

João de Matos Antunes Varela (2012, v. 2, p. 282), por exemplo, advoga pela existência de profunda ligação entre as disposições entre o artigo 252º, nº 2, e o artigo 437º, afirmando ambos gravitam em torno da noção de base do negócio, sendo aquele dispositivo vinculado, essencialmente, à base negocial subjetiva, enquanto que este seria vinculado, essencialmente, à base objetiva. Todavia, ainda que se questione se, de fato, o Código Civil de 1966 consagrou as duas figuras previstas pela teoria da base negocial, é certo que os mencionados dispositivos apresentam, respectivamente, índoles subjetiva e objetiva.

Contudo, é o artigo 437º do Código Civil português que vem a regradar, objetivamente, as hipóteses das alterações das circunstâncias no direito civil brasileiro. Prevê, como requisito para sua aplicação, que haja uma alteração anormal – via de regra, configurada por uma alteração imprevisível (COSTA, 1999, p. 286) - daquelas circunstâncias em que as partes fundaram sua decisão de contratar, e que, em decorrência de tal alteração uma das partes seja lesada de tal forma, que a exigência de cumprimento das obrigações assumidas se apresenta

como contrária à boa-fé, desde que tal ocorrência não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato (LEITÃO, 2008, v.2, p. 134-135).

Constata-se, pela tessitura aberta dos conceitos jurídicos empregados na redação do artigo 437º, que o legislador português optou pela construção do dispositivo mediante emprego de cláusulas gerais, viabilizando, assim, que a jurisprudência busque a melhor solução concreta para aqueles contratos que sofreram “perturbação iníqua” em seu equilíbrio (COSTA, 1999, p. 283). Se valeu, ainda, do recurso à boa-fé, o qual, quando considerado em conjunto com outras particularidades lançadas no dispositivo, conferem amplo espaço de interpretação face ao caso concreto (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 914).

A aplicação da teoria da alteração das circunstâncias é, todavia, expressamente excepcionada pela hipótese fática em que a parte lesada, no momento em que a alteração das circunstâncias se operou, estava em mora (artigo 438º do Código Civil), o que afasta o seu direito à resolução ou modificação do contrato (LEITÃO, 2008, v. 2, p. 137). Tal exceção é formulada em coerência com o artigo 807º do Código Civil português, o qual prevê a inversão do risco da prestação na hipótese de mora do devedor, de sorte que eventual desequilíbrio contratual posterior deverá ser por ele suportado (LEITÃO, 2008, v. 2, p. 138).

Por fim, uma vez requerida a aplicação do artigo 437º, a parte lesada exerce pretensão de, ao final, ver resolvido ou modificado, segundos os critérios da equidade, o contrato (artigo 437º, nº 1); na hipótese em que apenas a resolução contratual seja pleiteada, o artigo 437º, nº 2, faculta, à parte contrária, a possibilidade de se opor a tal resolução, oferecendo, em contrapartida, a modificação do contrato (COSTA, 1999, p. 294-295). Não operada a revisão contratual ou realizada a modificação equitativa de seu conteúdo, a resolução deverá ser feita em atenção às regras específicas atinentes ao tema (artigo 439º).

4.5 A Itália e a teoria da onerosidade excessiva

Tal qual os demais ordenamentos jurídicos contemporâneos à edição do Código Napoleônico, o direito civil italiano também sofreu diversas influências do liberalismo francês, adotando, como regra geral, a imutabilidade do *pacta sunt servanda* (BORGES, 2002, p. 126-127), sendo refratário à própria noção de alteração dos pactos firmados. Exemplo de tal influência é a ausência de qualquer menção ou regra voltada para a tutela da onerosidade excessiva superveniente no Código Civil de 1865, muito embora a doutrina italiana produzisse, entre o final do século XIX e início do século XX, diversos contributos acadêmicos sobre a cláusula *rebus sic stantibus* e a tutela da alteração das circunstâncias (MARINO, 2020, p. 75-76).

Em muito, o insucesso das várias teorias anteriores ao Código Civil de 1942 se deu pela inexistência de base legislativa que servisse como amparo a tais construções interpretativas. Mesmo com a edição de lei especial, em 1915¹³¹, a qual qualificava o estado de guerra como força maior também na hipótese em que tornasse determinada prestação excessivamente onerosa, ainda assim tal inovação legislativa não logrou sucesso em alterar o panorama do sistema italiano (MARINO, 2002, p. 77).

Há, contudo, com a edição do Código Civil de 1942, a materialização de verdadeira “fuga para equidade”, expressão empregada por Antonio Menezes Cordeiro para se referir ao movimento legislativo adotado por codificações ditas tardias, tais como a italiana e o próprio Código Civil português de 1966 (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 1100). Neste sentido, destaca-se a inclusão dos artigos 1.467 a 1.469 do *Codice Civile*, os quais surge de forma inovadora na realidade jurídica italiana, consagrando a tutela da alteração das circunstâncias mediante emprego a fórmula geral e, até certo ponto, mais objetiva, da resolução por excessiva onerosidade (MENEZES CORDEIRO, 2013, p. 1101).

Aplicável àqueles contratos ditos de “duração” - ou seja, cuja completa execução não se exaure de imediato, mas e protraí no tempo mediante sua execução continuada, periódica ou diferida -, o artigo 1.467 autoriza que, na hipótese da ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, as quais tornem excessivamente onerosas as prestações de determinada parte e exceda a álea normal do contrato, a parte prejudicada pleiteie a resolução da avença maculada pelo desequilíbrio (ROPPO, 2009, p. 260-261).

De fato, em que pese a afirmação de que, após a inclusão do art. 1.467, iniciou-se uma busca por conferir interpretação mais objetiva o possível para o dispositivo (SCHREIBER, 2020, p. 200), o dispositivo em comento é composto de fundamentos de ordem subjetiva e objetiva (RENNER, 2007, p. 275). Tal combinação de critérios é alvo de críticas da doutrina – inclusive da brasileira, considerando a quase idêntica reprodução dos dispositivos italianos no Código Civil de 2002, como se verá adiante -, mormente pois elide a tutela direta do mero desequilíbrio contratual, cuja configuração seria atrelada, unicamente, à constatação de onerosidade excessiva, passando a vinculá-la ao critério da imprevisibilidade, de difícil aplicação (AZEVEDO, 2003, p. 40-41).

¹³¹ Otavio Luiz Rodrigues Junior faz menção ao Decreto-lei nº 739, de 27 de maio de 1915, cujo importante excerto, em tradução apresentada, lia: “Para todos os efeitos do art. 1.226 (responsabilidade civil por perdas e danos) do Código Civil, a guerra é considerada como caso de força maior, para exonerar o devedor das responsabilidades decorrentes dos contratos celebrados antes da data do decreto de mobilização geral, não só quando torne impossível a prestação, mas também quando acarrete excessiva onerosidade” (RODRIGUES JUNIOR, 2006, p. 52).

É de importante menção, ainda, que o artigo 1.467 italiano incluiu, expressamente, a possibilidade de que, uma vez pleiteada a resolução do contrato por onerosidade excessiva, a contraparte ofereça a modificação equitativa do contrato, a fim de reequilibrar o pacto e afastar a solução resolutória. Em se tratando de contrato no qual as obrigações recaiam sobre uma única parte, esta pode, nos termos do artigo 1.468, requerer a redução de sua prestação ou a modificação nas modalidades de execução, também com o intuito último de reestabelecer a condição de equidade. Por fim, destaca-se a opção legislativa italiana, no artigo 1.469, de que as normas relativas à resolução por onerosidade excessiva não se aplicam àqueles contratos que sejam aleatórios, seja por sua natureza ou pela vontade das partes (ROPPO, 2009, p. 263).

Considerando que o modelo influenciou direta e intensamente a redação da resolução por onerosidade excessiva adotada pelos artigos 478 a 480 do Código Civil de 2002 (SCHREIBER, 2020, p. 202), análise mais detida acerca dos requisitos para a configuração da onerosidade excessiva será feita, diretamente, no contexto da legislação brasileira, adequando-a, desde logo, à realidade nacional.

4.6 A tutela do desequilíbrio contratual superveniente no direito privado brasileiro: a adoção da onerosidade excessiva pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo Código Civil de 2002

4.6.1 Breve panorama do desequilíbrio superveniente no direito brasileiro: do Código Civil de 1916 ao Código de Defesa do Consumidor

O Código Civil de 1916, fruto de seu tempo e então concebido como eixo central do sistema jurídico brasileiro, era inspirado nos mesmos pressupostos liberais que orientaram o Código Civil francês de 1804 e o *BGB*, fato este que, por seu turno, cumpre a função de subsídio histórico apto a explicar a ausência de regras gerais para a tutela da alteração das circunstâncias supervenientes e do equilíbrio contratual (MARTINS-COSTA, 1991, p. 44).

Permitia, isto sim, algumas poucas circunstâncias de revisão contratual, tais como a redução proporcional do aluguel na hipótese de deterioração da coisa locada sem culpa do locatário (artigo 1190 do CC/16), ou, no caso de contrato de comodato, a superveniência de necessidade imprevista e urgente autorizaria o pleito, por via judicial, de que o comodante suspendesse o uso e gozo da coisa emprestada antes do fim do prazo convencionado (artigo 1250 do CC/16) (BARLETTA, 2019, p. 35). A tais disposições particulares, sem abrangência genérica e geral para todos os contratos, Fabiana Rodrigues Barletta (2019, p. 36), com fulcro em terminologia anteriormente utilizada por Caio Mário da Silva Pereira, empregou a noção

de cláusula *rebus sic stantibus* em “sentido estrito”, vez que apenas pontuais e casuisticamente aplicadas.

Todavia, tal qual nas experiências jurídicas estrangeiras, os intérpretes brasileiros foram, não raramente, invocados a solucionar casos concretos intrinsecamente vinculados a tais questões, muito embora inexistente lastro normativo geral que as embasasse a tomada de decisão em sentido que não o da reafirmação do *pacta sunt servanda*. Neste sentido, costuma-se indicar a paradigmática decisão de Nelson Hungria¹³² no caso do Morro do Castelo, enquanto juiz singular da 5ª Vara Cível do então Distrito Federal, datada de 27 de outubro de 1930 (MARTINS-COSTA; COSTA E SILVA, 2020, p. 189).

Discutiu-se, no referido caso, a possibilidade de exoneração de comprador que havia firmado contrato de locação com obrigação de construir e promessa de compra e venda de um terreno, o qual, por sua vez, teria sido arrendado pelo prazo de vinte anos e seria vizinho do dito Morro do Castelo. Com o arrasamento deste último sobreveio extraordinária alta de preços, de forma que o imóvel objeto do pacto teria seu preço mais que decuplicado. Analisando o caso, Hungria considerou a superveniência de um evento extraordinário, imprevisto e imprevisível – o arrasamento do Morro do Castelo -, o qual teria alterado substancialmente as circunstâncias objetivas sob as quais o acordo de vontades se operou. Ponderou, por fim, que, por mais que a alteração radical das circunstâncias de fato não fosse prevista na legislação, esta decorria dos princípios gerais do direito e da própria equidade, invocando, ainda, a cláusula *rebus sic stantibus* e teoria da base negocial de Oertmann (MARTINS-COSTA; COSTA E SILVA, 2020, p. 189). A decisão fora, posteriormente, reformada por acórdão unânime da 4ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal (BARLETTA, 2019, p. 37).

Em 1938, o Supremo Tribunal Federal fora, também, convocado a se pronunciar sobre o tema, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 2.675, no qual reconheceu a possibilidade de revisão contratual em decorrência de fatos imprevisíveis (SCHREIBER, 2020, p. 203). O caso tratava acerca de contrato de importação de material para trilhos de trem, no qual nos figuravam, enquanto vendedora e compradora, respectivamente, uma empresa belga e uma brasileira, sendo que esta última se obrigara a adquirir, por preço certo e com exclusividade, determinados produtos. Contudo, a execução do contrato fora diretamente

¹³² Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva afirmam que as primeiras decisões a reconhecerem a resolução e revisão contratuais enquanto situações autônomas, desvinculadas do instituto da impossibilidade superveniente da prestação, foram da lavra de Nelson Hungria (MARTINS-COSTA; COSTA E SILVA, 2020, p. 195).

impactada pela Revolução de 1930, a qual veio a causar diversos embaraços no campo comercial (MARTINS-COSTA; COSTA E SILVA, 2020, p. 196).

No arresto em questão, frisa-se a posição firmada pela maioria do STF, capitaneada pelo Ministro Costa Manso, o qual admitiu a expressa possibilidade de modificação contratual pela superveniência de fatos imprevisíveis:

A discussão teve como eixo a impossibilidade de cumprir pela superveniência de caso fortuito ou força maior. Em primeiro grau, o juiz fundamentou sua decisão na Teoria da Imprevisão. A Corte de Apelação do Distrito Federal inclinou-se a ver, no caso, impossibilidade relativa, que não comportaria a liberação do devedor, tese aceita no Supremo Tribunal pelo Ministro Relator, Laudo de Camargo. Porém, a maioria, liderada pelo Ministro Costa Manso, entendeu diferentemente, aplicando a regra do caso fortuito ou força maior que “pela imprevisibilidade da transformação radical operada pelos acontecimentos sobrevindos no meio econômico, muito se aproxima da máxima do direito canônico – *rebus sic stantibus*”. O mais relevante, todavia, foi o endosso à fundamentação do juízo de primeiro grau: a adaptação do contrato às circunstâncias supervenientes, quando profundamente alteradas e não imputáveis ao obrigado, é admissível em nosso Direito. Adotou-se, nesse caso, o que mais tarde Pontes de Miranda viria a chamar de concepção sociocultural da impossibilidade. (MARTINS-COSTA; COSTA E SILVA, 2020, p. 196).

O STF seria chamado, ao longo das décadas, a se manifestar sobre o tema em outras oportunidades, mantendo seu posicionamento de que a regra do *pacta sunt servanda* admitiria temperamentos diante de circunstâncias extraordinárias (SCHREIBER, 2020, p. 203). Exemplificativamente, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 62.933, em 1967, basicamente reitera o STF o entendimento já proferido no examinado Recurso Extraordinário 2.675, admitindo que a existência cláusula *rebus sic stantibus* decorreria do regramento estabelecido pelas partes, sendo que a constatação de sua presença seria uma questão de interpretação, com a observância dos seguintes critérios: a sua aplicação se daria somente nos contratos sucessivos; haveria necessidade desse constatar desequilíbrio econômico entre as prestações; e o evento causador do desequilíbrio deveria ser imprevisível (MARTINS-COSTA; COSTA E SILVA, 2020, p. 200).

Paralelamente a tal movimento jurisprudencial, houve a edição sucessiva de leis esparsas e excepcionais que passaram a admitir a modificação ou resolução dos contratos em virtude da alteração superveniente das circunstâncias da contratação (BARLETTA, 2019, p. 43-44), além de intensa produção doutrinária, dentre a qual sempre é destacado o pioneirismo da obra de Arnaldo Medeiros da Fonseca¹³³, referência citada pela quase unanimidade dos

¹³³ Sustentava o autor em sua obra “Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão”, já na década de 50, que a teoria da imprevisão deveria incidir sobre todos os contratos de execução “retardada” (BARLETTA, 2019, 45), admitindo, ainda, que, por mais que a somente a impossibilidade absoluta, via de regra, liberaria o obrigado, tal

trabalhos que se dedicaram ao tema da revisão contratual (MARTINS-COSTA; COSTA E SILVA, 2020, p. 197).

Contudo, é em 1990, com a edição do CDC, que há a inclusão de novel dispositivo no ordenamento jurídico nacional, o qual integra o rol de direitos básicos do consumidor e que prevê, em sua parte final, a possibilidade de revisão contratual, desde que os fatos supervenientes venham a caracterizar excessiva onerosidade (artigo 6º, V, o CDC). O estudo de tal dispositivo passa a ser enfrentado a seguir.

4.6.2 A revisão contratual por onerosidade excessiva no Código de Defesa do Consumidor: delineamento e requisitos

Já fora analisado, em tópico dedicado ao tema, que o CDC consagra, dentre seus princípios, o do equilíbrio contratual, o qual, por sua vez, também pode ter sua influência identificada em inúmeras regras dispostas ao longo do texto normativo. Dentre os dispositivos já mencionados, é de maior interesse, para presente disposição, aquele contido no artigo 6º, V, do CDC, o qual positiva como direito básico do consumidor a possibilidade de modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam “prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas” (BRASIL, 1990).

São, portanto, duas as hipóteses e as respectivas faculdades conferidas, pelo dispositivo, ao consumidor: a possibilidade de modificação de cláusulas ou prestações contratuais no caso de seu desequilíbrio genético ou originário¹³⁴; e a revisão de tais cláusulas ou prestações, na hipótese em que fatos supervenientes venham a causar desequilíbrio funcional no contrato, mediante caracterização da figura da excessiva onerosidade (MIRAGEM, 2016, p. 219).

Destaque-se, ainda, que ambas as regras fazem menção não à resolução contratual, mas, ao revés, às hipóteses de modificação e revisão de seu conteúdo, razão pela qual costuma-se indicar a opção legislativa, no dispositivo, pela conservação contratual, optando-se expressamente pela tentativa de seu reequilíbrio pelo Poder Judiciário. O CDC busca,

posicionamento não afastaria, em absoluto, a possibilidade de que, em situações excepcionais, a superveniência de fatos imprevisíveis os quais acarretem impossibilidade subjetiva ou onerosidade excessiva exonerassem o devedor do vínculo obrigacional ou atenuassem as suas consequências (MARTINS-COSTA; COSTA E SILVA, 2020, p. 197).

¹³⁴ Fabiana Rodrigues Barletta indica afirma que o instituto da lesão – hipótese, por excelência, do desequilíbrio contratual originário – fora previsto em três dispositivos no CDC, por mais que a expressão não seja diretamente utilizada: na primeira parte do artigo 6º, V; no artigo 39, V, ao vedar a exigência, pelo fornecedor, de vantagem manifestamente excessiva; e no artigo 51, IV, ao estabelecer a nulidade, de pleno direito, daquelas cláusulas que venham a estabelecer obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em situação de desvantagem exagerada, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (BARLETTA, 2019, p. 102-103).

portanto, mediante a inserção de exceções ao sistema de nulidades, a conservação do vínculo contratual, prestigiando, ao final, as legítimas expectativas do consumidor, ao passo em que também não se olvida da necessária proteção à sua ínsita vulnerabilidade (BARLETTA, 2019, p. 93-95).

A opção legislativa pela conservação contratual, especialmente relevante no contexto consumerista, não se trata de mero acaso. Cláudia Lima Marques (2016, p. 97), ao descrever fenômeno que denomina de “catividade” na relação entre fornecedor e consumidor, aponta que a contratação de massa, quando aliada à posição de dependência estrutural dos contratantes e à sua protração no tempo, geram verdadeira dependência dos consumidores, criando relações jurídicas complexas de longa duração:

Esta posição de dependência ou, como aqui estamos denominando, de “catividade” só pode ser entendida no exame do contexto das relações atuais, onde determinados serviços prestados no mercado asseguram (ou prometem), ao consumidor e a sua família, *status*, “segurança”, “crédito renovado”, “escola ou formação universitária certa e qualificada”, “moradia assegurada” ou mesmo “saúde” no futuro. A catividade há de ser entendida no contexto do mundo atual, de indução ao consumo de bens materiais e imateriais, de publicidade massiva e métodos agressivos de *marketing*, de graves e renovados riscos na vida em sociedade e de grande insegurança quanto ao futuro. (MARQUES, 2016, p. 97-98)

Não é por outro motivo que se afirma a existência de um direito do consumidor à manutenção do contrato, abrangendo este como um interesse juridicamente protegido. Há de se considerar, na hipercomplexidade da sociedade atual, que muitas vezes não é dada ao consumidor, efetivamente, a opção de contratar, ou mesmo de romper o referido contrato, vez que o fornecimento de determinado produto ou serviço é absolutamente necessário e do qual decorre a mencionada relação de “catividade” ou dependência. Ao final, em privilegiando as soluções revisionais dos contratos em detrimento daquelas enfaticamente resolutivas, há a preservação do “direito ao contrato” do consumidor, o qual simplesmente não pode ser – ou se manter – desprovido do respectivo fornecimento do produto ou serviço (MIRAGEM, 2016, p. 223-224).

Ademais, constata-se, no que diz respeito à alteração superveniente das circunstâncias, que o CDC, na parte final do artigo 6º, V, consagra regra objetiva de tutela do desequilíbrio contratual superveniente, cuja único requisito de aplicação é que os fatos futuros venham a caracterizar situação de excessiva onerosidade das prestações para o consumidor, ou seja, a simples perturbação do equilíbrio contratual originário.

Assim, ao não vincular o legislador a parte final do artigo 6º, V, do CDC, a nenhum outro requisito que não ao da excessiva onerosidade das prestações¹³⁵ (MARTINS-COSTA; COSTA E SILVA, 2020, p. 202), não exigindo, por exemplo, que o fato superveniente seja imprevisível¹³⁶, Anderson Schreiber indica que parte da doutrina¹³⁷ tem se valido da objetividade do dispositivo para identificar, nele, a consagração da teoria da base objetiva do negócio jurídico, muito embora ali não possa se identificar quaisquer elementos das teorias de Oertmann e Larenz (2020, p. 205), observação com a qual há de se concordar após já ter sido dedicado tópico específico, nesta dissertação, a tais construções teóricas.

A expressa exclusão do requisito da imprevisibilidade dos fatos supervenientes se justifica na medida em que, ao conferir caráter essencialmente objetivo ao dispositivo, o CDC se mantém coerente a seu objetivo de obstar a transferência dos riscos do negócio ao consumidor. Isto pois, ao afastar a necessidade de demonstração de que o fato superveniente, causador do desequilíbrio contratual, era imprevisível, afasta-se, também, a atribuição de tal ônus probatório ao consumidor, além de se objetivizar o exame do comportamento das partes da relação de consumo (MIRAGEM, 2016, p. 221). Viabiliza, conforme Luis Renato Ferreira da Silva (1996, p. 160), que se faça uma análise, em certa medida, descolada da

¹³⁵ Neste mister, frise-se que Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva expõem opinião crítica em relação à forma pela qual o artigo 6º, V, do CDC, não vinculou a incidência da onerosidade excessiva a nenhum outro requisito, tal como o da imprevisibilidade dos fatos supervenientes. Apontam que tal opção legislativa teria desencadeado uma “avalanche de decisões judiciais desvinculadas de critérios pré-existent”, as quais, por sua vez, passaram a misturar doutrinas e teorias, tais como a imprevisão francesa, a onerosidade excessiva italiana e a base negocial alemão. Quebra-se, assim, a jurisprudência cuidadosamente desenvolvida pelo STF nos anos anteriores, de forma que, quando o Código Civil de 2002 entra em vigor, já estariam dissipados os laços com a linha evolutiva pretérita (MARTINS-COSTA; COSTA E SILVA, 2002, p. 202).

¹³⁶ É importante destacar observação feita Nelson Nery Jr. a este quesito que, contudo, parece pouco clara. O autor destaca, em comentário ao artigo 6º, V, do CDC, que a “imprevisibilidade e a extraordinariedade dos fatos supervenientes, que ensejam a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, e, portanto, a revisão do contrato (art. 6º, nº V, CDC), devem ser aferidas objetivamente, em relação ao homem médio, à natureza do negócio e às condições do mercado. Esses acontecimentos podem ser tanto de ordem natural (tempestades, terremotos etc.), como decorrentes de situações absolutamente excepcionais do ponto de vista econômico.” (GRINOVER *et al.*, 2011, p. 600). Não há, contudo, como se concordar com tal observação, a qual aparenta ser, em uma primeira observação, contraditória. Isto pois, como é comumente indicado, um dos grandes critérios diferenciadores da adoção da revisão contratual por excessiva onerosidade excessiva no CDC daquela adotada pelo CC, diz respeito à vinculação da superveniência da onerosidade excessiva como decorrência de fatos imprevisíveis e extraordinários, requisitos estes que não estão previstos, em absoluto, no CDC. Fazer, assim, remissão virtual a tais requisitos, ainda que inexistentes no texto consumerista, ao mesmo em que se invoca suposta necessidade de interpretação objetiva de seu conteúdo, aparenta ser indevida confusão das teorias consagradas, respectivamente, no CC e no CDC. Em conclusão similar àquela aqui alcançada, Antonio Jeová Santos também faz críticas a tal interpretação extensiva do dispositivo, a qual ultrapassa a literalidade da lei, além de apontar que Nelson Nery Jr., na quarta edição de sua obra “Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor”, elaborada em coautoria com Rosa Maria de Andrade Nery, expõe entendimento conflitante, passando a excluir a anteriormente defendida exigência de que os fatos supervenientes fossem, também, extraordinários e imprevisíveis (SANTOS, 2002, p. 284-285).

¹³⁷ De fato, tal fenômeno é facilmente constatável ao analisar os trabalhos produzidos sobre o tema. A título de exemplificação, cita-se Rodrigo Toscano de Brito (2007, p. 94), Flávio Tartuce (2007, p. 127), Bruno Miragem (2016, p. 223), Antonio Jeová Santos (2002, p. 294), Luis Renato Ferreira da Silva (1996, p. 159) e Cláudia Lima Marques (2016, p. 1057).

discricionariedade ínsita à análise do que viria a ser, de fato, “imprevisível”, focando na análise casuística dos riscos inerentes ao contrato a à situação de fato concreta.

Assim, em face à clara opção normativa eleita pelo CDC, o qual somente inclui, como requisito para a revisão judicial, que as prestações venham a se tornar excessivamente onerosas em decorrência, que a lei consumerista não adota a teoria da imprevisão em seu texto, razão pela qual Nelson Borges é vocal ao afirmar a inexistência de semelhanças, ou mesmo de relação, entre a teoria consagrada no CDC e aquela tratada pelos arts. 478 a 480 do Código Civil (BORGES, 2002, p. 393-395). Se trata, pois, de dispositivo normativo próprio, o qual exige, tão somente, a presente a onerosidade excessiva para que seja viabilizada a revisão contratual em favor do consumidor, protegendo-o, assim, de forma mais intensa (BARLETTA, 2019, p. 135).

Ademais, pela natureza do dispositivo, claramente protetor dos melhores interesses econômicos do consumidor (BARLETTA, 2019, p. 135), além de ser inserido, topologicamente, no rol denominado de “direitos básicos do consumidor” (AZEVEDO, 2020, p. 168), indica-se, também, que o direito de pleitear a revisão contratual por excessiva onerosidade se trata de sua faculdade exclusiva, não podendo ser invocado por fornecedores (BARLETTA, 2019, p. 105). No mesmo sentido, e expondo posição crítica em relação à redação do dispositivo, conferir Nelson Borges:

Complemente-se que, no âmbito da imprevisibilidade, a expressão excessiva onerosidade configura um odioso caráter restritivo quanto ao destinatário da norma. Ela se mantém em posição diametralmente oposta à essência do verdadeiro espírito da justiça comutativa, que, de resto é, *pièce de résistance* da teoria da imprevisão. Apenas para ilustração: suponha-se um fornecedor que, “em razão de fatos supervenientes” – no dizer ambíguo e incompleto da lei –, se veja em dificuldades para o cumprimento de obrigação assumida contratualmente. Pela parcialidade legislativa adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, mesmo presentes os fatos supervenientes que fizeram nascer a extrema dificuldade de cumprimento da obrigação de fornecer, sua condição de fornecedor (credor) levanta uma barreira intransponível para pleitear revisão: primeiro porque o Código de Defesa do Consumidor cuida dos interesses apenas do devedor; segundo porque a lei defere esse direito somente àquele que se defrontar com prestação “excessivamente onerosa” – atributo cometido com exclusividade ao devedor (nunca ao credor) de uma prestação, sendo-lhe, por tal motivo, fechadas as portas do Judiciário caso pretenda a revisão com fundamento no art. 6º, V. (BORGES, 2002, p. 388)

Em relação aos requisitos eleitos pelo CDC para a tutela do desequilíbrio contratual superveniente, estes podem ser classificados, ainda, enquanto requisitos - ou condições – positivos e negativos¹³⁸. Inicialmente, em se tratando dos requisitos positivos, há de se

¹³⁸ Quando da análise da resolução por onerosidade excessiva no Código Civil de 2002, Giuliana Bonanno Schunck (2010, p. 85 e 96) faz menção e classifica os requisitos para sua incidência enquanto positivos e

destacar que o desequilíbrio contratual superveniente – também referenciado como “funcional” – é fenômeno decorrente, essencialmente, pela protração da execução de determinado contrato no tempo, única razão pela qual há de se avaliar se fatos supervenientes ao da conclusão da contratação realmente viriam a alterar o equilíbrio originalmente existente.

É, por tal razão, que um primeiro requisito para a incidência da revisão por onerosidade excessiva nos contratos de consumo, tal como previsto na parte final do artigo 6º, V, do CDC, é que tais contratos sejam de execução continuada ou diferida¹³⁹ (RODRIGUES JUNIOR, 2006, p. 206-207), nos quais as prestações estarão sujeitas às intempéries de fatos supervenientes, os quais podem vir a torná-las excessivamente onerosas e, portanto, passíveis de revisão. Ao contrário, as obrigações de execução instantânea, ao não se perpetuarem no tempo, não são passíveis de se tornarem excessivamente onerosas (BARLETTA, 2019, p. 106), razão pela qual o único desequilíbrio do qual podem padecer será o originário ou genético.

O segundo requisito positivo para a autorização da revisão judicial é, exatamente, que as prestações passem a ser excessivamente onerosas. Orlando Gomes, em análise do conceito de “onerosidade excessiva”, já apontava que tal conceito traz a noção de obstáculo ao cumprimento da obrigação, caracterizado pela extrema dificuldade de sua execução, mas não pela impossibilidade de seu cumprimento¹⁴⁰ (GOMES, 2007, p. 214). Tal extrema dificuldade

negativos, enquanto Antônio Junqueira de Azevedo (2009, p. 191), embora se utilize da mesma distinção, a tais requisitos se refere como “condições”. Em suma, os requisitos positivos se referem àqueles requisitos cuja presença é essencial para que se possa aplicar a teoria da onerosidade excessiva (SCHUNCK, 2010, p. 85), ao passo em que os requisitos ditos negativos, a seu turno, não devem estar presentes, sob pena de não incidência da regra ao caso concreto. Cita-se, como exemplo, que a parte que pleiteia a resolução por onerosidade excessiva não pode estar em mora, bem como a onerosidade excessiva não pode se tratar de risco inerente ao contrato – por vezes indicado como “álea normal” do contrato (SCHUNCK, 2010, p. 96). Muito embora a utilização da classificação entre requisitos positivos e negativos seja feita no contexto do Código Civil, esta também pode ser facilmente empregada quando da análise do art. 6º, V, do CDC, já que a divisão ainda se aplica.

¹³⁹ O aspecto mais importante de tal classificação contratual, para os fins da presente dissertação, é o de evidenciar a existência de lapso temporal entre a conclusão do contrato, com sua formação, e a data de seu adimplemento ou execução, interregno este que passa a sujeitar a avença à alteração das circunstâncias pela superveniência de fatos novos. Desta feita, conforme classificação de Caio Mário da Silva Pereira, os contratos de execução diferida, ou retardada, são aqueles nos quais a prestação de uma das partes “não se dá de um só jato, porém a termo, não ocorrendo a extinção da obrigação enquanto não se completar a *solutio*” (PEREIRA, 2013, v.3, p. 62), enquanto que os contratos sucessivos ou de execução continuada são aqueles caracterizados pela existência de pagamentos periódicos, sem que, contudo, seu adimplemento leve à extinção do contrato, a qual somente se operará com o implemento de condição ou decurso do prazo. A continuidade da obrigação é, neste último caso, querida pelos contratantes, como, por exemplo, em um contrato de locação, no qual o pagamento dos alugueres não tem efeito liberatório total, mas apenas do débito correspondente ao período (PEREIRA, 2013, v.3, p. 62). A tais contratos se contrapõem aqueles denominados de execução única, cuja execução se dá em uma única oportunidade, a um só momento, e que, caso se dê imediatamente após sua conclusão, são classificados, também, como de execução imediata (GOMES, 2007, p. 96).

¹⁴⁰ Como, por exemplo, as hipóteses de inadimplemento por caso fortuito ou força maior, os quais, por serem inevitáveis e irresistíveis, acarretam a impossibilidade absoluta de cumprimento da obrigação, ao passo em que a onerosidade excessiva é caracterizada apenas pela extrema dificuldade em seu cumprimento (BORGES, 2002, p. 154).

no cumprimento da obrigação, todavia, não se refere às condições subjetivas do devedor, ou seja, às suas condições pessoais de ruína ou de dificuldade financeira¹⁴¹ (RENNER, 2007, p. 291-293), mas há de ser objetivamente aferida, de forma que a mesma prestação deve ser considerada excessivamente onerosa não somente em relação ao devedor, mas para toda e qualquer pessoa que estivesse em sua posição contratual (GOMES, 2007, p. 214-215).

A avaliação da presença ou não de excessiva onerosidade das prestações dependerá, inevitavelmente, da análise do caso concreto¹⁴². Neste sentido, Fabiana Barletta vem a sustentar que tal análise, no contexto consumerista, deverá considerar todo o conteúdo axiológico da Constituição Federal e do CDC, além de seus princípios a fim de:

averiguar se, usando de todos os seus esforços para cumprir a obrigação, estará o consumidor violando sua própria dignidade humana ou, ainda, colocando-se num estado de pobreza ou de marginalização.

Frise-se que a onerosidade excessiva não precisa acarretar para o devedor a impossibilidade de cumprimento da obrigação. Portanto, se o adimplemento da obrigação ocasionar sacrifícios tão grandes para o consumidor, a ponto de ferir sua dignidade, se os obstáculos a serem superados puderem leva-lo à pobreza, evidentemente tal consumidor encontra-se numa situação de excessiva onerosidade. (BARLETTA, 2019, p. 112)

No CDC, a noção de onerosidade excessiva, tal como insculpida no art. 6º, V, deve ser considerada em cotejo, ainda, com o já estudado art. 51, §1º, III, do CDC, o qual aponta, de certa forma, parâmetros para aferição desta mesma onerosidade. Após incluir, no rol de cláusulas nulas de pleno direito, aquelas que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada (art. 51, IV, do CDC), o mencionado dispositivo conceitua, em outro dispositivo, o que presume como “vantagem exagerada”, listando, como componente de tal presunção, aquela vantagem que se mostrar “excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso” (BRASIL, 1990). Veja-se, portanto, a abrangência dos elementos

¹⁴¹ Cabe, aqui, uma observação em relação a tal quesito. Muito embora a onerosidade excessiva, quando considerada fora do contexto consumerista brasileiro, não se confunda, de fato, com aspectos subjetivos de sua possibilidade ou impossibilidade de arcar com a obrigação, há entendimentos jurisprudenciais no sentido de a ação corretora do equilíbrio contratual poderia ser justificada por hipóteses tais como a de perda de emprego do consumidor (BARLETTA, 2019, p. 113), seu empobrecimento superveniente e a ruína pessoal, os quais constituiriam hipótese de impossibilidade econômica pessoal (RODRIGUES JUNIOR, 2006, p. 209). Todavia, tais mitigações da objetividade da onerosidade excessiva somente encontraria acolhida na sistemática protetiva do CDC, não adentrando nos domínios do direito privado em geral. Em relação a este ponto, conferir, ainda, a obra de Cláudia Lima Marques (2016, p. 1056), a qual também apresenta, com fundamento em decisões do Superior Tribunal de Justiça, a aceitação jurisprudencial de que situações pessoais ensejem, em relações de consumo, a revisão judicial dos contratos.

¹⁴² Maiores estudos acerca do conceito e da apuração da ocorrência de onerosidade excessiva, tal como, por exemplo, com referência a preços médios de mercado para sua constatação, serão feitos quando do estudo da inserção da teoria no Código Civil de 2002, na medida em que o contexto previsto na lei civil é aplicação mais abrangente e geral da teoria.

interpretativos que podem vir a apontar a existência de onerosidade excessiva em determinado contrato de consumo, não se resumindo, portanto, a eventual conteúdo econômico das prestações.

Em relação à disposição do art. 51, §1º, III, do CDC, Nelson Borges frisa a possível existência de antinomia entre o caráter revisional previsto nas disposições contidas no art. 6º, V, do CDC e àquela do art. 51, §1º, III, do CDC: como consequência da inclusão da onerosidade excessiva para o consumidor dentro do rol de cláusulas abusivas, haveria, necessariamente, a declaração de nulidade de tal cláusula, consequência jurídica esta que se chocaria com a possibilidade de modificação e adaptação de cláusulas, tal como prevista no art. 6º, V, do CDC (BORGES, 2002, p. 389). Conclui, contudo, que, diante da possibilidade de utilidade de eventual cláusula ao consumidor, bem como que observada a inspiração de cunho revisionista que permeia o CDC, especialmente o art. 6º, V, do CDC, e a equidade, que, no caso da presente antinomia, a manutenção do pacto mediante sua adaptação seria a melhor solução para o caso (BORGES, 2002, p. 390-391).

Há certo dissenso, na doutrina, acerca da necessidade de um terceiro requisito positivo para a aplicação da onerosidade excessiva do art. 6º, V, do CDC, consubstanciado na exigência ou não de bilateralidade¹⁴³ dos contratos concluídos. Fernanda Rodrigues Barletta (2019, p. 107) sustenta a necessidade de que os contratos de consumo sejam, para fins de invocarem a revisão por onerosidade excessiva, bilaterais, vez que desta característica surgiria a existência de sinalagma funcional na avença, cujo desaparecimento em razão de fatos supervenientes ensejaria – e justificaria – sua revisão judicial. Otávio Luiz Rodrigues Junior (2006, p. 207), contudo, entende que qualquer contrato de consumo pode sofrer os efeitos da onerosidade excessiva, seja unilateral ou bilateral, pela previsão expressa de interpretação contratual em favor do consumidor (art. 47 do CDC), posição esta também defendida por Giuliana Bonanno Schunck (2010, p. 144), na medida em que sustenta a inexistência de restrições do direito de revisão, pelo CDC, a quaisquer classes de contratos, razão pela qual tal direito se estenderia a todas as modalidades.

Em relação aos requisitos negativos cuja ausência é condição de aplicabilidade da parte final do art. 6º, V, do CDC, destaca-se, em primeiro lugar, que o critério da não imputabilidade do fato causador da onerosidade excessiva ao consumidor, o qual teve

¹⁴³ Analisada sob a perspectiva dos efeitos contratuais, as classificações contratuais subdividem-se entre unilateral e bilateral. Nos contratos unilaterais, em suma, criam-se obrigações para apenas um dos contratantes, havendo, portanto, apenas um credor e um devedor, enquanto que, nos bilaterais, tais obrigações são criadas para ambos, de forma que as partes passam a ser, reciprocamente, devedoras e credoras umas das outras (PEREIRA, 2013, v. 3, p. 59).

acolhida e desenvolvimento pela jurisprudência já na década de 1990 (MARQUES, 2016, p. 1056). Trata-se, em verdade, de critério que visa coibir a utilização do instituto de má-fé (BARLETTA, 2019, p. 111), posto que é corolário da boa-fé objetiva a não admissão de que os sujeitos se beneficiem da própria torpeza.

Segundo requisito diz respeito à vedação ao recurso à revisão judicial na hipótese de mora do consumidor, na medida em que se exige, via de regra, o cumprir diligente de suas obrigações, ou mesmo a adoção de medidas de precaução antes de sua constituição em mora, tais como a formulação tempestiva de pedido de revisão judicial ou mesmo o depósito da prestação em juízo. Admite-se, todavia, a relativização de tal requisito, desde que justificada a mora, por exemplo, mediante a comprovação da súbita onerosidade excessiva das prestações, a qual tenha inviabilizado a propositura de eventual feito revisional em tempo hábil (BARLETTA, 2019, p. 111).

Por fim, destaca-se a necessidade de que a onerosidade excessiva não pode compor a álea normal do contrato, isto é, aquele risco naturalmente integrante da avença e decorrente de sua própria natureza (GRINOVER *et al.*, 2011, p. 600), na medida em que a onerosidade excessiva somente se manifesta quando evidencia desproporção no equilíbrio contratual causada por fatos supervenientes, ou seja, não se trata de distribuição de riscos ínsita à própria conclusão do negócio.

Eventual sentença que venha acolher a revisão judicial por excessiva onerosidade, com fulcro no art. 6º, V, do CDC, deverá surtir efeitos retroativamente (*ex tunc*), retrocedendo até a data do fato superveniente causador do desequilíbrio contratual (BARLETTA, 2019, p. 113-114), a fim de que o conteúdo judicialmente revisado do contrato possa surtir seus efeitos que atinjam momentos pretéritos da relação contratual, de forma que o consumidor não continue a sofrer os prejuízos já sentidos em decorrência do desequilíbrio funcional do contrato.

Em que pese as diversas inovações introduzidas pelo CDC, em relação à tutela do desequilíbrio contratual superveniente, no ordenamento jurídico brasileiro na década de 1990, tal diploma normativo fora seguido, mais de uma década depois de sua vigência, da entrada em vigor de um novo Código Civil, o qual, se valendo de grande influência do Código Civil Italiano de 1942, positivou a resolução por onerosidade excessiva em linhas substancialmente distintas daquela adotada pelo CDC, mormente pela recuperação do subjetivismo inerente à exigência de imprevisibilidade dos fatos supervenientes. Tais dispositivos serão objeto de análise a seguir.

4.6.3 A resolução contratual por excessiva onerosidade no Código Civil de 2002: perfil dogmático e adaptação da teoria italiana ao ordenamento jurídico nacional

O instituto da resolução por onerosidade excessiva¹⁴⁴, tal como inserido no ordenamento jurídico nacional pelo Código Civil de 2002 nos arts. 478 a 480, é, “salvo pequenos acréscimos, supressões, topologia ou sinonímia” (BORGES, 2002, p. 672), praticamente cópia dos arts. 1.467 a 1.468 do Código Civil italiano de 1942, fato este claramente constatado pela doutrina brasileira¹⁴⁵.

Embora o cotejo entre os dispositivos dos dois ordenamentos jurídicos fuja aos escopos da presente dissertação, destaca-se a legislação brasileira fez algumas pontuais modificações em seu texto final, os quais passaram a configurar importantes elementos de distinção: neste sentido, houve supressão de trecho do art. 1.467 do Código Civil italiano que impedia a resolução por onerosidade excessiva quando abrangida pela álea normal do contrato, ao passo em que se incluiu, aliado ao requisito da excessiva onerosidade, o da “extrema vantagem” para a contraparte; houve, ainda, supressão total do conteúdo do art. 1.469 do Código Civil italiano, o qual excluía, expressamente, a aplicação da teoria da onerosidade excessiva aos contratos aleatórios por natureza ou por vontade das partes (SCHREIBER, 2020, p. 208).

Cabível, ainda, uma última observação antes de se adentrar na análise dos dispositivos que fundamentam a resolução por onerosidade excessiva no Código Civil de 2002. Há certo debate doutrinário acerca da possibilidade, ou não, da interpretação conjunta dos arts. 478 a 480 com o art. 317 do Código Civil, o qual está inserido no Título III, Capítulo I, Seção III (Do Objeto do Pagamento e Sua Prova) do Livro I da Parte Especial (Do Direito das Obrigações), e que contém forma diversa de tutela do desequilíbrio contratual do que aquela prevista nos arts. 478 a 480 (MARINO, 2020, p. 30-31).

Dispositivo originariamente elaborado com o intuito de combater os efeitos inflacionários e da desvalorização das prestações em dinheiro, o art. 317 do CC teve sua redação ampliada na tramitação legislativa do Código Civil, de forma que, atualmente, se faz

¹⁴⁴ Utiliza-se, comumente, a expressão “teoria da imprevisão” ao se tratar sobre resolução por onerosidade excessiva positivada no Código Civil de 2002, como o faz, largamente, Nelson Borges (2002), em especial pela adição do requisito da imprevisibilidade dos fatos supervenientes ao da onerosidade excessiva. Contudo, a fim de se evitar eventuais confusões com a teoria adotada pela jurisprudência francesa, como já exposto, além de considerar a nomenclatura adotada pelo Código Civil de 2002 na Seção IV, Capítulo II, Título V, da Parte Especial, adotar-se-á, aqui a terminologia “resolução por onerosidade excessiva”, ou teoria da onerosidade excessiva, ao se fazer referência à teoria delineada pelos arts. 478 a 480 do CC.

¹⁴⁵ Neste sentido, conferir, por exemplo, Nelson Borges (2002, p. 672-678), Anderson Schreiber (2020, p. 207-209), Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva (2020, p. 214-221), Antônio Pedro Medeiros Dias (2017, p. 48) e Antonio Junqueira de Azevedo (2009, p. 184).

referência a seu conteúdo revisional como “puxadinho hermenêutico” integrador e corretor dos arts. 478 a 480 do CC, de forma a autorizar que, no contexto destes, também seja autorizada a revisão contratual (SCHREIBER, 2020, p. 316-317). Contudo, pela existência de divergências doutrinárias a este respeito, o tema será brevemente analisado em tópico próprio, de forma que a presente menção se dá, somente, a título de justificativo do porquê da necessidade de seu estudo.

Assim, consideradas as particularidades dos vários dispositivos de tutela do desequilíbrio contratual superveniente positivados no Código Civil, é de rigor que estes sejam analisados e estudados de forma individualizada, a fim de se garantir a melhor compreensão e apreensão de seu conteúdo.

4.6.3.1 O artigo 478: a resolução por onerosidade excessiva no Código Civil

Diferentemente da revisão judicial por onerosidade excessiva do art. 6º, V, parte final, do CDC, a resolução por onerosidade excessiva prevista no CC se trata de dispositivo mais complexo, composto por inúmeros requisitos, inclusive de ordem subjetiva – distanciando-se, assim, da objetividade já observada em relação ao CDC -, razão pela qual sua aplicação é, também, de maior dificuldade:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. (BRASIL, 2002)

Como primeiro requisito, o art. 478 restringe seu campo de incidência àqueles contratos de execução continuada ou diferida - classificação esta já apresentada, razão pela qual se remete ao tópico 4.6.2 -, na medida em que a doutrina já havia demonstrado se tratar de requisito lógico para a ocorrência de fatos supervenientes aptos a perturbar o equilíbrio de determinado contrato. Naturalmente, aqueles contratos de execução instantânea ou imediata não comportam revisão por onerosidade excessiva (DIAS, 2017, p. 53-54), vez que inexistente a incidência do fator temporal entre a conclusão do contrato e sua execução em momento futuro, essencial para que haja alteração das circunstâncias iniciais da contratação. Neste caso, somente poderiam ser constatadas hipóteses de desequilíbrio originário ou genético do pacto¹⁴⁶.

Cabe aqui, ainda, interessante observação: se o fato relevante para a aplicação da resolução por onerosidade excessiva é, de fato, que exista um lapso temporal – ainda que

¹⁴⁶ Há, nos contratos de execução instantânea ou imediata, confusão dos sinalagmas originário e funcional, na medida em que a celebração do contrato e sua execução se dão no mesmo instante (SCHUNCK, 2010, p. 86).

curto - apto a sujeitar o contrato a um desequilíbrio funcional, há de se compreender que, ao mencionar os contratos de execução continuada ou diferida como requisito para sua aplicação, o art. 478 toma a parte pelo todo, razão pela qual há de se entender como abrangidos, em seu requisito, todos aqueles contratos de duração¹⁴⁷ (DIAS, 2017, p. 52).

Tal classificação abstrata e categorial dos contratos não deixa de ser alvo de críticas por parte de Anderson Schreiber. Afirma que, ao se valorizar o mero apego a tais categorias, olvida-se, como resultado, da análise concreta, dinâmica e funcional dos contratos, dando ênfase àqueles contratos de execução imediata ou instantânea – excluídos, *a priori*, da resolução por onerosidade excessiva, uma vez considerada a literalidade do art. 478 e o próprio aspecto lógico ínsito ao desequilíbrio funcional dos contratos – que, por alguma razão, não foram executados de pronto ou tiveram postergado o seu fim (SCHREIBER, 2020, p. 213-214).

Assim, sugere que o requisito “contratos de execução continuada ou diferida” não seja analisado, exclusivamente, sob a ótica de categorias contratuais abstratas ou, mesmo, com referência a terminologias importadas que poderiam acarretar certa confusão em relação ao sentido originalmente empregado no direito alienígena. Em verdade, o foco de sua interpretação deve residir na pendência de execução de um determinado contrato e o respectivo decurso de tempo até seu cumprimento:

No tema desequilíbrio contratual superveniente, o decurso do tempo deve ser visto, muito ao contrário, como fator da realidade necessário a possibilitar a reação da ordem jurídica na pendência da execução do contrato. Desse modo, independentemente do lapso de tempo ser ou não elemento intrínseco àquele tipo contratual ou de integrar ou não a causa concreto do contrato, o certo é que, em ocorrendo o prolongamento da sua execução, ainda que por razões puramente acidentais, o princípio do equilíbrio contratual continua a incidir, não havendo qualquer razão para impor limitações categoriais, baseadas em classificações abstratas e puramente estruturais, à concretização do aludido princípio. (SCHREIBER, 2020, 304).

O autor sustenta tal posição com a menção de caso hipotético nos qual, por razões acidentais e alheia à vontade das partes, um contrato de execução imediata acaba por ter seu cumprimento protraído no tempo; tome-se, por exemplo, contrato de compra e venda à vista, com pagamento a ser realizado mediante entrega de cheque, o qual não pôde ser

¹⁴⁷ Anderson Schreiber (2020, p. 213), embora chegue na mesma conclusão, faz alerta em relação à adoção desmedida da expressão “contratos de duração”. Menciona que a importação de tal terminologia, consagrada por Giorgio Oppo, precisa se atentar à devida cautela, na medida em que a expressão original se referida a uma categoria específica de contratos, nos quais a duração da prestação integrava a própria causa do contrato, o que acarretaria em indevida restrição de hipótese de incidência da teoria, vez que excluiria os demais contratos nos quais a duração do cumprimento surgiria enquanto dado fático e consequencial. É, por tal razão, que vem a se referir a “qualquer contrato cujo cumprimento se estenda no tempo” (SCHREIBER, 2020, p. 212).

imediatamente descontado em razão de greve do setor bancário. Ainda que o prolongamento da execução do contrato não tenha decorrido da vontade das partes, não seria plausível se afastar a proteção conferida pelo ordenamento jurídico ao desequilíbrio contratual superveniente com fundamento na justificativa de que, abstrata e originariamente, referido contrato seria de execução imediata (SCHREIBER, 2020, p. 304-305).

Antônio Pedro Medeiros Dias (2017, p. 54) conclui no mesmo sentido, destacando que, ao final, o fator relevante para a incidência da resolução por onerosidade excessiva não se fundamenta, tanto, na pactuação originária das partes, mas a estrutura que a relação contratual apresenta em sua configuração definitiva. Não se justifica, portanto, o apego desmedido à literalidade da menção os contratos “de execução continuada ou diferida”, exigindo-se que as partes tenham pactuado voluntariamente a dilação da execução contratual, mas deve-se considerar, ao revés, a possibilidade de incidência da teoria a todos aqueles contratos cuja execução se dê com diferimento, decorra esta da vontade original das partes ou por razões não imputáveis aos contratantes.

Como segundo e terceiro requisitos para sua aplicação, o art. 478 do CC também elege a “onerosidade excessiva” como critério objetivo para aferição da ocorrência de desequilíbrio contratual, a par do quanto adotado pelo CDC, vinculando-o, porém, como consequência de fatos supervenientes extraordinários e imprevisíveis para as partes. Em uma relação de causa e efeito, a redação adotada pelo artigo elege, claramente, os fatos supervenientes extraordinários e imprevisíveis como única causa passível de acarretar uma onerosidade excessiva passível de tutela judicial, razão pela qual a análise deve-se iniciar por estes¹⁴⁸.

A adoção de tais critérios subjetivos pelo Código Civil é alvo, há tempos, de duras críticas da doutrina¹⁴⁹. Álvaro Villaça de Azevedo, por exemplo, com vistas à tutela da galopante inflação que acometeu a realidade brasileira entre as décadas de 1980 e 1990, já apontava a necessidade de que o critério da “imprevisibilidade” fosse expurgado da redação do art. 478, afirmando que, à época, os tribunais pátrios já consideravam o fenômeno inflacionário como previsível, razão pela qual a tutela do desequilíbrio contratual deveria ser puramente objetiva, mediante a adoção exclusiva do critério de onerosidade excessiva (AZEVEDO, 2003, p. 40).

¹⁴⁸ Em similar sentido ao adotado para a presente exposição, Nelson Borges (2002, p. 678) critica a injustificada inversão de raciocínio lógico empregada na redação do dispositivo, sendo o esperado que primeiro se apresentasse a ocorrência dos fatos supervenientes extraordinários e imprevisíveis (causa) para, em sequência, se apresentar a consequência, consubstanciada no resultado da excessiva onerosidade das prestações.

¹⁴⁹ Nelson Borges (2017, p. 108-110) chega a afirmar que o *plus* da imprevisibilidade à cláusula *rebus sic stantibus* fora indevidamente adicionada pelos “antirrevisionistas”, ainda que carecesse de qualquer lastro ou justificativa jurídicos quando de sua inclusão.

Não bastassem as dificuldades inerentes à própria natureza da “imprevisibilidade”, vez que o subjetivismo de tal requisito acaba por erigir diversos obstáculos de ordem probatória e, quiçá, abrir margem para discricionariedade judicial, o art. 478 do CC conjuga, ao menos em interpretação literal do dispositivo, os requisitos de “imprevisibilidade” e “extraordinariedade” do fato supervenientes. Tal redação ensejou propostas interpretativas de todo sorte, desde as que admitem as expressões como sinônimos, como conceitos distintos, e se são cumulativos ou alternativos (SCHREIBER, 2020, p. 215-216). Para fins da presente exposição, é importante que ambos os requisitos sejam avaliados isoladamente.

Fato extraordinário é apontado como aquele evento que escapa ao curso normal dos acontecimentos da vida ordinária ou daquilo que ordinariamente acontece, tais como catástrofes naturais, guerras e epidemias (SCHREIBER, 2020, p. 216-217). Por definição, apresentaria maior objetividade em relação à imprevisibilidade, já que independente da representação das partes acerca de sua previsibilidade ou não, podendo ser aferido mediante elementos tais como frequência, dimensão e intensidade (RENNER, 2007, p. 308). Antônio Pedro Medeiros Dias oferece elucidativo exemplo a este respeito:

O critério diferenciador entre um evento ordinário e um extraordinário reside fundamentalmente na análise probabilística de ocorrência do aludido evento e não na capacidade objetiva de os contratantes (considerados na situação concreta em que se inserem) anteciparem a ocorrência do evento. Para ilustrar a diferença entre os conceitos de imprevisibilidade e extraordinariedade, pode-se utilizar como exemplo a passagem do cometa Halley pelo sistema solar. Trata-se de um evento extraordinário, tendo em vista ocorrer apenas uma vez a cada 75,3 anos (ou seja, consiste certamente em acontecimento fora da ordem comum dos eventos), mas não imprevisível, na medida em que se sabe exatamente quando serão as próximas passagens do cometa pelo sistema solar. (DIAS, 2017, p. 64-65).

O critério de imprevisibilidade do fato superveniente é, todavia, de ordem subjetiva, sendo geralmente associado à capacidade dos contratantes representarem, mentalmente, a possibilidade de ocorrência de um determinado evento futuro (DIAS, 2017, p. 59). Essa constante remissão ao aspecto psíquico dos contratantes é, ao final, utilizada como critério de imputação dos riscos assumidos quando da contratação; se determinado fato futuro era previsível pelas partes, seria lícito se admitir que fora considerado quando da alocação dos riscos contratuais, de forma que eventuais prejuízos deveriam recair sobre a parte que deixou de tomar as devidas precauções contratuais para assumi-los ou elidi-los (RENNER, 2007, p. 304).

Surge neste ponto, ainda, a questão atinente ao método de aferição da imprevisibilidade, se tomando as capacidades subjetivas ou as aptidões pessoais de

determinando contratante¹⁵⁰ (imprevisibilidade *in concreto*), ou abstraindo tal capacidade, aludindo àquela capacidade atribuída e presumida da figura alegórica do “homem médio” (imprevisibilidade *in abstracto*) (SCHREIBER, 2020, p. 218-219).

Tal divergência doutrinária é facilmente constatável na doutrina nacional. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, por exemplo, adota o critério de previsibilidade *in concreto*, vez que, ao se debruçar sobre o tema da imprevisibilidade, o vincula à noção de probabilidade, afirmando que será provável o acontecimento de determinado fato futuro quando, conforme o juízo de experiência, estiverem presentes aquelas circunstâncias conhecidas que indique sua ocorrência. Havendo probabilidade de que determinado fato venha a atuar sobre o contrato, o conhecimento das partes deve considerar os elementos essenciais deste mesmo fato, bem como de sua força de atuação sobre a avença. O juízo acerca de tal exercício mental dos contratantes deve, por sua vez, considerar as condições pessoais de cada contratante, tais como seus conhecimentos e aptidões (AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 155).

Por sua vez, Otavio Luiz Rodrigues Junior afirma que, se a teoria exige a ocorrência de fatos futuros, não pode se basear na maior ou menor capacidade dos contratantes em antevê-los, mas, tão somente, a prudência e o agir diligente historicamente atribuídos à figura do “bom pai de família” (RODRIGUES JUNIOR, 2006, p. 136-137).

São, contudo, diversas as críticas que têm sido dirigidas à constatação da imprevisibilidade *in abstracto*, com referência ao arquétipo do “homem médio”. Isto pois, se os riscos contemporâneos, decorrentes de uma sociedade complexa, surgem como verdadeiro subproduto social, sobrepondo-se, assim, os riscos artificiais àqueles naturais, tornam-se ainda mais relevantes as condições pessoais dos contratantes, com ênfase à quantidade de informações que cada parte possui (VELENCOSO, 2003 *apud* RENNEN, 2007, p. 306).

É exemplo ilustrativo de tal problemática a contratação com parte que integra o quadro funcional do Ministério da Defesa ou das Forças Armadas, para quem a eclosão de uma guerra com país vizinho não se trataria de fato imprevisível em decorrência de seu acesso a informações privilegiadas e confidenciais, enquanto continuará a sê-lo para a contraparte contratante (BORGES, 2002, p. 308). A aplicação da imprevisibilidade *in abstracto* em tal caso, com remissão ao ideal do “homem médio”, acabaria por proteger, contra a invocação da onerosidade excessiva, a parte que, de fato, detinha informações qualificadas sobre o fato

¹⁵⁰ Foi aprovado, na V Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal, cujo Enunciado nº 439 menciona: “A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, observar-se-á a sofisticação dos contratantes e a alocação de riscos por eles assumidas com o contrato” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2012, p. 73).

supostamente imprevisível, e, de certa forma, sabia da ocorrência do fato futuro (SCHREIBER, 2020, p. 220).

Há inúmeras tentativas, ainda, de objetivizar o critério da imprevisibilidade, evitando-se eventual referência à representação mental dos contratantes, em que pese sua clara vinculação ao subjetivismo e ao voluntarismo. Neste sentido, José de Oliveira Ascensão frisa que a lei brasileira faz referência a um motivo ou acontecimento imprevisível, e não imprevisto, qualificando, pois, o fato, ao passo em que eventual remissão à noção de “imprevisto” seria a própria descrição do estado de espírito do contratante, o que redundaria em absurda vinculação ao seu estado psíquico e à sua capacidade de previsão (ASCENÇÃO, 2008, p. 12-13).

Assim, a imprevisibilidade somente poderia ser objetiva e independente da análise da representação mental das partes, vez que, observada em perspectiva externa à das partes, representaria situação anômala ou anormal, razão pela qual defende existir perfeita harmonia entre os requisitos da imprevisibilidade e da extraordinariedade: “é por ser extraordinário que acontecimento é imprevisível; e como traduz uma marcha dos factos que não se pode prever, o acontecimento é extraordinário” (ASCENÇÃO, 2008, p. 13).

Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes apresentam, neste mister, posicionamento similar, defendendo a existência uma tendência atual de se “despir” a imprevisibilidade de seu conteúdo subjetivo: dispensar-se-ia a investigação da capacidade subjetiva das partes em prever eventual desproporção entre as parcelas, preferindo, em seu lugar, a aferição objetiva de se a desproporção, em si considerada, era ou não imprevisível (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2014, v.1, p. 615).

Ao analisar o tema da imprevisibilidade, Judith Martins-Costa anota a importância de se investigar, ainda, a “normalidade da álea” incidente sobre o contrato, a fim de viabilizar a constatação, em última instância, do que poderia ser legitimamente esperado pelos contratantes:

É curial, pois, perquirir o que seja a “normalidade da álea”, tomando-se em conta, para tal fim como parâmetro do juízo a ser formado acerca da “normalidade” ou “anormalidade” da álea o risco típico do negócio. Por essa razão, a “imprevisibilidade”, normativamente considerada, não tem significado idêntico ao que adquire na linguagem científica, na qual possui caráter absoluto. O que se quer afirmar é que o “imprevisível” é o que não poderia ser legitimamente esperado pelos contratantes, concretamente considerados (v.g., avaliando-se a qualidade das partes, a sua característica profissional, a natureza do negócio, as circunstâncias específicas do caso e o que a experiência indica ser o habitual) de acordo com a sua justa expectativa no momento da conclusão do ajuste, a ser objetivamente

avaliada segundo os cânones fundamentais dos artigos 112 e 113 do Código Civil. (MARTINS-COSTA, 2005, v. 5, t. 1, p. 309)

A exposição realizada, até aqui, acerca dos requisitos da imprevisibilidade e da extraordinariedade, buscou demonstrar o grau de complexidade – e, consequentemente, de dificuldade de aplicação – ao qual foi alçada a teoria da onerosidade excessiva no Código Civil, em grande medida pela eleição de critérios subjetivos que, naturalmente, são de difícil comprovação e, não raramente, ensejam interpretações conflitantes. Não causa surpresa, portanto, que a doutrina tenha buscado soluções que, ao se afastarem do exacerbado voluntarismo da teoria da imprevisão francesa, prestigiem o efetivo equilíbrio contratual.

Judith Martins-Costa, em comentário ao art. 317 do CC – o qual também faz recurso, isoladamente, ao requisito da imprevisibilidade, conforme será oportunamente exposto –, sustenta que, mesmo nas relações de direito privado comum – excluídas, portanto, do regime revisionista do art. 6º, V, do CDC –, a exigência da imprevisibilidade deveria ser relativizada, “para considerar-se a expressão em seu significado normativo, de correspondência à legítima expectativa das partes no momento da conclusão do ajuste, tendo-se em conta, como fato primordial, o objetivo de equilíbrio entre o momento do ajuste e o do pagamento” (MARTINS-COSTA, 2005, v. 5, t. 1, p. 314).

Também Rafael Renner vem a sustentar que a onerosidade excessiva decorrente de fato externo à dinâmica contratual pudesse ensejar a revisão ou a resolução contratual, ainda que não presente os requisitos da imprevisibilidade e da extraordinariedade, na medida em que a sua manutenção, justificada tão somente pela não presença de tais requisitos, resultaria no mesmo efeito prático de conferir validade a contrato absolutamente contrário ao preceito da comutatividade (RENNER, 2007, p. 315-316).

Diante do fracionamento de tal quadro doutrinário, bem como após análise de extenso acervo jurisprudencial dos tribunais brasileiros, Anderson Schreiber propõe o deslocamento da centralidade da imprevisibilidade e da extraordinariedade – únicas causas autorizadas da aplicação da teoria da onerosidade excessiva – para a centralidade do desequilíbrio propriamente dito, alterando, assim a abordagem “segundo a qual o desequilíbrio contratual supervenientes somente assume relevância quando decorrente de um fato imprevisível”, construindo perspectiva sob ângulo diverso, no qual o próprio desequilíbrio objetivamente excessivo será, presumidamente, imprevisível (SCHREIBER, 2020, p. 251).

Em síntese, o autor sustenta a necessidade de se superar o voluntarismo jurídico que tem acometido, ainda hoje, a aplicação da onerosidade excessiva prevista no Código Civil. Ao passo em que a constante remissão ao acordo original de vontade das partes acabaria por

“aprisionar” a relação contratual, assim como sua dinâmica futura, ao que teria sido o acordo original de vontades – remissão esta dotada de alto grau de artificialidade -, também padece o requisito da imprevisibilidade de alto grau de indefinição, fato este que, na jurisprudência nacional, tem acarretado julgados não apenas “aleatório em seus resultados, mas também arbitrário no seu conteúdo” (SCHREIBER, 2020, p. 251-255).

De certa forma, os requisitos da imprevisibilidade e da extraordinariedade do fato superveniente acaba erigindo verdadeira “barreira de acesso” à efetiva tutela do desequilíbrio contratual superveniente, propósito último da teoria da onerosidade excessiva; em última análise, o desequilíbrio do contrato não somente é relegado a segundo plano, como, no mais das vezes, sequer é analisado, na hipótese em que os requisitos que adjetivam o fato superveniente não sejam preenchidos¹⁵¹ (SCHREIBER, 2020, p. 255).

Além da arbitrariedade de eleição, pelos tribunais, de qual evento resultou, de fato, no desequilíbrio contratual – já que a cadeia causal que resulta na perturbação da relação contratual é, no mais das vezes, complexa e multifacetada (SCHREIBER, 2020, p. 259) -, sendo que, a depender do ângulo de análise, determinado fato pode ou não se afigurar imprevisível ou extraordinário, sustenta que todas as correntes de análise da imprevisão – seja a da imprevisibilidade abstrata ou concreta, ou mesmo da mera improbabilidade de sua ocorrência - acabam resultando em “terrenos movediços” quando de sua aplicação (SCHREIBER, 2020, p. 259-260). A extraordinariedade também não tem melhor sorte, vez que inexistente critério objetivo que indique a frequência com a qual determinado evento deve ocorrer para que seja considerado ordinário (SCHREIBER, 2020, p. 260):

Todos esses exemplos revelam que o modo empregado pela jurisprudência brasileira para definir um determinado acontecimento como “previsível” ou “imprevisível” e como “ordinário” e “extraordinário” revela-se excessivamente subjetivo e oscilante, não resistindo a uma análise científica e desafiando, por isso mesmo, qualquer tentativa de uniformização fundada em critérios racionais. Trata-se, em suma, de puro arbítrio judicial, oculto o mais das vezes sob afirmações fluidas ou genéricas. Esse modo de proceder não apenas impede a uniformidade e coerência das decisões, mas também produz um segundo efeito negativo, extremamente relevante. É que, ao centrar foco sobre o juízo da imprevisibilidade e extraordinariedade do acontecimento que antecede o desequilíbrio, o Poder Judiciário deixa de analisar aquilo que deveria ser o núcleo das decisões nessa matéria: o impacto concreto do referido acontecimento sobre a proporcionalidade interna do contrato. (SCHREIBER, 2020, p. 261)

¹⁵¹ Indica o autor que, dos noventa e três acórdãos encontrados que tratavam do desequilíbrio contratual, oriundos de diversos tribunais brasileiros entre os anos de 2003 e 2016, somente doze chegaram a examinar, de fato, a analisar o impacto causado no contrato (SCHREIBER, 2020, p. 261).

Diante de tal cenário inconsistente, Anderson Schreiber propõe o deslocamento do foco da análise da imprevisibilidade e da extraordinariedade do fato superveniente para o desequilíbrio em concreto, a fim de que seja, efetivamente, tutelado o equilíbrio contratual. Assim, se a tábua axiológica constitucional que informa o direito contratual, fundada no princípio da solidariedade, não possui o condão de afastar, totalmente, os mencionados requisitos, pode, por outro lado, exigir uma interpretação voltada à preservação do equilíbrio contratual e do sinalagma (SCHREIBER, 2020, p. 262-263).

A sugerida mudança de enfoque operar-se-ia, essencialmente, mediante a presunção de imprevisibilidade e extraordinariedade, decorrente, por sua vez, da constatação de um desequilíbrio contratual exorbitante. Não seriam ignorados, assim, os referidos requisitos, mas sua verificação dependeria do agravamento do sacrifício contratual inicialmente suportado, vez que é de se assumir que os contratantes não celebram negócios antevendo a ocorrência de drásticas alterações do equilíbrio originário do pacto. Caso, de fato, previssem tais alterações, poderiam ter tratado do tema no instrumento contratual; sua ausência, ao revés, indica que os contratantes não previram ou imaginaram tal possibilidade de desequilíbrio da avença, até mesmo pois se presume que os contratantes ingressam em relações contratuais equilibradas, e que, quando não o façam, tal desequilíbrio seja expressamente admitido e desejado (SCHREIBER, 2020, p. 263-264). Em síntese, conclui:

a imprevisibilidade e a extraordinariedade devem ser presumidas a partir o desequilíbrio objetivo do contrato, somente podendo restar afastada tal presunção nas hipóteses de (a) expressa ou (b) inequívoca assunção do risco que resulta no referido desequilíbrio ou, ainda, (c) de desequilíbrio derivado da conduta do próprio contratante excessivamente onerado. O mecanismo da presunção permite atribuir papel central ao desequilíbrio contratual, sem desrespeitar o dado normativo do direito positivo brasileiro, que menciona expressamente o caráter imprevisível e extraordinário do acontecimento, mas não lhe atribui a dimensão central que lhe reserva nossa jurisprudência e também nossa doutrina.

O objeto central da análise do intérprete deve ser o desequilíbrio contratual em si. A expressão desequilíbrio contratual não deve ser, todavia, compreendida como um desequilíbrio qualquer, mas apenas aquele a que alude o direito positivo brasileiro: um desequilíbrio contratual caracterizado por uma excessiva onerosidade, expressão que também merece redirecionamento interpretativo. (SCHREIBER, 2020, p. 267-268)

De fato, muito embora a doutrina tenha se esforçado, continuamente, em sua tentativa de aquilatar e, até mesmo, objetivizar os requisitos da imprevisibilidade e da extraordinariedade, a ausência de parâmetros objetivos para sua aferição, quando combinada com a larga margem interpretativa conferida ao julgador – a qual, inclusive, pode mudar de direção a depender, simplesmente, da corrente doutrinária adotada, seja da previsão *in*

abstracto ou *in concreto* -, evidenciam as inseguranças decorrentes da opção normativa, do legislador, quando da adoção de critérios subjetivos na redação do art. 478 do CC.

Há de se concordar com Anderson Schreiber ao afirmar que, com o deslocamento do foco interpretativo do art. 478 para a presença de excessiva onerosidade e a decorrente presunção dos critérios qualificadores do fato superveniente, privilegia-se o conteúdo do próprio princípio do equilíbrio contratual, direcionando os esforços do julgador para a hipótese normativa efetivamente tutelável, qual seja, o desequilíbrio contratual funcional.

Tal interpretação não ignora ou, mesmo, relativiza os demais critérios normativos, mas, simplesmente, redimensiona sua primazia interpretativa, a qual fora, em verdade, injustificadamente eleita. Ademais, simples interpretação exegética da norma também demonstra que o foco legislativo fora no critério da “onerosidade excessiva”, o qual, além de constar como título da Seção IV, também justificaria a aparente “inversão de raciocínio” denunciada por Nelson Borges (2002, p. 678) e constatada no art. 478, ao se colocar o efeito (onerosidade excessiva) antes de sua causa (fato superveniente imprevisível e extraordinário).

Por sua vez, o terceiro requisito, este sim de ordem objetiva, se trata da noção de “onerosidade excessiva”. Já se expôs, em tópico dedicado à análise do art. 6º, V, do CDC, que a onerosidade excessiva não é compreendida como a impossibilidade de se prestar, senão como uma extrema dificuldade em sua execução¹⁵² (GOMES, 2007, p. 214). Sob a ótica do Código Civil, Antônio Junqueira de Azevedo (2009, p. 211-212) indica, ainda, se tratar do agravamento relevante do custo econômico da prestação, o qual exceda a oscilação, ou álea, natural ao tipo contratual, ao passo em que Anderson Schreiber (2020, p. 223) indica que tal conceito se vincula ao agravamento do sacrifício econômico de do contratante, frisando, ainda, a inexistência parâmetro geral para sua aferição no Código Civil.

Em primeiro lugar, frise-se que a onerosidade excessiva é critério legal revestido de caráter imperiosamente objetivo, cuja “extrema dificuldade de execução” não se confunde com a dificuldade subjetiva do contratante em efetuar o pagamento (SCHREIBER, 2020, p. 269), ou seja, relacionada às condições pessoais do devedor (DIAS, 2017, p. 75-76). Expôs-se, no contexto do CDC, que parte da doutrina e da jurisprudência têm admitido, excepcionalmente, que eventual perda de emprego ou ruína pessoal possam, na realidade de consumo, ensejar a revisão contratual por excessiva onerosidade. Contudo, tais condições

¹⁵² Tal dificuldade também não se confunde a seu turno, com eventual dificuldade subjetiva de adimplemento, ou seja, relacionada às condições pessoais do devedor (DIAS, 2017, p. 75-76). Expôs-se, no contexto do CDC, que parte da doutrina e da jurisprudência têm admitido, excepcionalmente, que eventual perda de emprego ou ruína pessoal possam, na realidade de consumo, ensejar a revisão contratual por excessiva onerosidade. Contudo, tais condições subjetivas são absolutamente repelidas pelo sistema paritário de contratação previsto no CC, razão pela qual devem ser, desde já, afastadas.

subjetivas são absolutamente repelidas pelo sistema paritário de contratação previsto no CC, razão pela qual devem ser, desde já, afastadas.

Em segundo lugar, a onerosidade excessiva, evidenciada pelo desequilíbrio contratual resultante da quebra do sinalagma¹⁵³, pode atingir tanto a prestação quanto a respectiva contraprestação, ou seja, o credor pode vir a suportar prestação considerada irrisória em relação à sua própria obrigação, bem como pode ter de cumprir com contraprestação extremamente dificultada; o devedor, por sua vez, também pode vir a receber contraprestação insignificante (AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 156). Assim, a excessiva onerosidade não existirá, tão somente, em relação ao surgimento de uma extrema dificuldade no adimplemento de uma obrigação, como também surgirá quando o fato superveniente reduzir, sobremaneira, o valor da prestação a ser recebida, de forma a resultar na “quebra da equivalência entre as prestações correspectivas, pelo ônus resultante do recebimento de uma prestação ou de uma contraprestação já insignificante ou inútil” (AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 156).

Esta última situação, referida por Judith Martins-Costa (MARTINS-COSTA, 2005, v. 5, t. 1, p. 305), com fundamento na doutrina italiana, como *svilimento* da contraprestação – ou “envilecimento”, conforme tradução livre da autora -, embora não seja prevista expressamente na lei, passou a ser desenvolvida pela doutrina como forma de se combater não somente o aumento desproporcional do ônus de determinada prestação, mas, também, sua respectiva diminuição desequilibrada:

Assim, da mesma forma, na *fattispecie* ao art. 317¹⁵⁴, a revisão pode ser derivada do envilecimento da prestação, de modo a serem abrangidas as duas

¹⁵³ Cabe, aqui, um adendo. Autores tais como Anderson Schreiber frisam, reiteradamente, que eventual desequilíbrio contratual não deve ser considerado mediante estabelecimento de mera relação entre as prestações e contraprestações, mas que deve considerar o conjunto total de situações jurídicas presentes, sejam direitos, obrigações, ônus ou faculdades, por exemplo, em uma perspectiva dinâmica e funcional, evitando-se, assim, soluções meramente parciais e considerando o contrato em toda sua complexidade (SCHREIBER, 2020, p. 275). Em sentido similar, Judith Martins-Costa também sustenta a necessidade de que o ônus assumido com determinado contrato, nos limites de sua álea normal, deve ser considerado globalmente, não se considerado apenas eventual valor ou peso de uma prestação isolada (MARTINS-COSTA, 2005, v. 5, t. 1, p. 306). Em que pese a correção de tal análise, é certo que, no plano abstrato da análise normativa, a potencial infinitude de situações jurídicas contratuais, além da possível existência de deveres anexos, torna sua consideração excessivamente complexa, para não se dizer inviável – diante da impossibilidade de se considerar todas variáveis possivelmente incidentes sobre um caso concreto, o que, de fato, somente pode ser averiguado casuisticamente e diante de elementos fáticos preestabelecidos -, de forma que eventuais análises hipotéticas conduzidas na presente dissertação somete levará em consideração a relação existente entre prestações e as respectivas contraprestações.

¹⁵⁴ Embora a referência normativa seja feita pela autora em referência ao art. 317 do CC, já fora exposto, sumariamente, que tal dispositivo geralmente é interpretado conjuntamente com os arts. 478 a 480 do CC, muito embora existam autores que defendam a autonomia do primeiro dispositivo em relação aos demais, tal como o faz Francisco Paulo de Crescenzo Marino (2020, p. 31). Todavia, ao se referir o *svilimento* da prestação, inclusive com menção à obra de Judith Martins-Costa, Rafael Renner (2007, p. 295) faz expressa menção à sua aplicação ao art. 478 do CC. No mesmo sentido, conferir Antônio Pedro Medeiros Dias (2017, p. 80-82) e, como já exposto, Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2003, p. 156).

hipóteses: a configuração do sacrifício não ocorre apenas quando o devedor se encontra na necessidade de procurar o objeto, por ele pagando preço excessivo, ou quando deva produzir um produto a custo excessivo, ou pagar por um serviço um custo também excessivo: também se verifica quando o objeto já se encontra no seu patrimônio, e a situação de desequilíbrio derive de um superveniente fenômeno de desvalorização da moeda. Para tanto é necessário confrontar o valor (ou o custo) inicial da prestação a ser executada e o seu valor (ou o seu custo) no momento do adimplemento. Em outros termos, a excessiva onerosidade é a que produz, ao devedor, um sacrifício que altera a economia do contrato e o equilíbrio originariamente existente

É equiparado à excessiva onerosidade da prestação o envilecimento (*svilimento*) da contraprestação, o que decorre da *ratio* do instituto. Essa é justamente a manutenção do ônus econômico assumido com o contrato, nos limites da sua álea típica. O ônus é considerado globalmente, não se considerando apenas o peso isolado da prestação assumida. (MARTINS-COSTA, 2005, v. 5, t. 1, p. 305-306)

Defende Anderson Schreiber (2020, p. 276 e 283), porém, que o conceito onerosidade excessiva no Código Civil não recebe roupagem única, mediante a análise entre prestações e contraprestações: indica-se, neste sentido, que os arts. 317 e 480 do CC vêm a tratar do desequilíbrio interno do contrato mediante a aferição do agravamento do sacrifício econômico imposto ao contratante no tempo, ou seja, entre o momento da contratação e o de sua execução, hipótese esta que vem a ser denominada de desequilíbrio contratual horizontal; e, por sua vez, o art. 478 verifica a ocorrência do desequilíbrio mediante a comparação entre os direitos e obrigações reciprocamente considerados em um contrato, de sorte que o desequilíbrio se evidencia pela presença de sacrifício econômico desproporcional ao benefício obtido, hipótese denominada de sacrifício econômico vertical. A tal análise deve-se somar, ainda, a hipótese específica do art. 480 do CC, o qual consagra a possibilidade de aferição de onerosidade excessiva, também, na hipótese de contratos unilaterais.

Feitas tais observações, conclui que todas estas perspectivas devem ser abarcadas sob a noção ampla do desequilíbrio contratual superveniente, em relação à qual o ordenamento jurídico brasileiro reage mediante mecanismos de manutenção e conservação da proporcionalidade interna do contrato. Destarte, sustenta que o Código Civil brasileiro comporta aceção ampla do equilíbrio contratual, cuja perturbação pode ser constatada tanto horizontal quanto que verticalmente, seja pelo agravamento do sacrifício econômico imposto ao contratante no tempo, seja quando tal sacrifício decorra da desproporcionalidade superveniente entre o sacrifício econômico suportado e o respectivo benefício econômico obtido (SCHREIBER, 2020, p. 282-283).

Ainda que seja possível se identificar, *a priori*, o delineamento que a onerosidade excessiva pode assumir - como, por exemplo, as hipóteses de desequilíbrio contratual horizontal e vertical -, há a necessidade de eleição de parâmetros objetivos que permitam, *in concreto*, avaliar a ocorrência da mencionada desproporção. Não se trata, porém, de tarefa simples, vez que o Código Civil de 2002 não elegeu nenhum critério para tal constatação – tal como, por exemplo, eventual variação de valor da prestação em um quinto ou cinquenta por cento (RENNER, 2007, p. 297) -, delegando sua aferição à análise judicial em face às circunstâncias fáticas do caso sob análise (SCHREIBER, 2020, p. 287).

A verificação judicial e casuística da onerosidade excessiva deve se pautar, contudo, com fulcro em critérios objetivos, relacionados com a própria natureza também objetiva da onerosidade excessiva. Tal constatação é feita, por parte da doutrina¹⁵⁵, mediante a utilização do critério de extrapolação da “álea normal do contrato”¹⁵⁶¹⁵⁷, isto é, a alocação de riscos feita pelas partes quando da conclusão do contrato e, por vezes, vinculada ao próprio tipo contratual (MARTINS-COSTA; COSTA E SILVA, 2020, p. 215). O art. 478 do Código Civil, de fato, silencia a respeito do critério da “álea normal” do contrato, muito embora tenha bebido diretamente na fonte normativa do art. 1.467 do Código Civil italiano, o qual, por sua vez, o adota; não obstante tal recurso tem sido utilizado, em solo brasileiro, por força de construção doutrinária e jurisprudencial (MARTINS-COSTA; COSTA E SILVA, 2020, p. 215).

José de Oliveira Ascensão, neste mister, lamenta a ausência de inclusão de tal recurso na redação do art. 478, muito embora conclua que sua ausência não é suficiente para que se considere como afastada sua utilização. Isto pois, em verdade, pode-se considerar como quesito implícito, por não poder se considerar como extraordinário aquilo que se encontra compreendido nos riscos normais do contrato (ASCENÇÃO, 2008, p. 12). Na prática, o

¹⁵⁵ Neste sentido, conferir, por exemplo, as obras de Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2003, p. 157), Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva (2020, p. 219-220), Giuliana Bonanno Schunk (2010, p. 88), Rafael Renner (2007, p. 302) e Antônio Pedro Medeiros Dias (2017, p. 85).

¹⁵⁶ Há de se mencionar, aqui, que o a extrapolação da álea normal do contrato foi indicada, quando da análise do art. 6º, V, do CDC, como requisito negativo para a incidência da onerosidade excessiva. Contudo, se a desproporção decorrente de fatos supervenientes englobados pelos riscos naturais ao contrato não permite a sua resolução ou revisão judiciais, devendo ser suportado pelo contratante prejudicado (SCHUNCK, 2010, p. 101), é conclusão lógica que aqueles acontecimentos que fujam à tal álea normal devem, estes sim, ser considerados para fins de caracterização da excessiva onerosidade (SCHUNCK, 2010, p. 88). É por tal razão que a extrapolação de tal álea é comumente referida como critério de aferição concreta da ocorrência da excessiva onerosidade.

¹⁵⁷ Em conferência realizada na Câmara dos Deputados em 1975, Miguel Reale já fazia referência, também, ao conceito de “álea normal” do contrato. Neste sentido, afirmou que “a onerosidade excessiva somente ocorre quando os fatos são imprevisíveis. Se não existe o elemento da imprevisibilidade e surpresa, não há como falar em onerosidade excessiva, porque o que há aí é simples risco ou álea do negócio. Posso fazer um contrato pelo preço “x”. Pode ser oneroso. É a álea do negócio. Fala-se em onerosidade excessiva quando o ônus é muito grande em razão de não ter sido possível prevê-lo.” (MENCK, 2012 v. 1, t. 1 a 4, p. 109).

recurso à álea negocial, em especial àquela considerada extraordinária, consistiria em juízo econômico, referindo-se, por sua vez, ao agravamento dos sacrifícios econômicos já analisados:

O conceito de álea contratual para fins de configuração da excessiva onerosidade da prestação, ao contrário do conceito utilizado para determinar o requisito da extraordinariedade do evento, possui aqui sentido quantitativo. O juízo de superamento da álea negocial destinado a determinar a onerosidade excessiva consiste em juízo econômico na medida em que exige a avaliação da existência de um agravo quantitativamente relevante que exceda as ordinárias oscilações de custos e valores das prestações contratuais, levando-se em consideração as margens de incerteza próprias, do tipo contratual e, ainda, eventual maior risco econômico convencionalmente assumido pelas partes (DIAS, 2017, p. 85)

Naturalmente, a tentativa de se quantificar até que ponto o evento superveniente causou desproporção contratual que excede a álea normal do contrato deve, diante da ausência de critérios quantitativos expressos no Código Civil, se referir aos preços objetivamente praticados no mercado no qual se insere o contrato sob análise, os quais, por sua vez, devem ser considerados sempre em relação às legítimas expectativas dos contratantes e dos riscos por estes expressamente assumidos (DIAS, 2017, p. 86-87). O inevitável recurso aos valores de mercado¹⁵⁸ decorre da suposição que os contratantes, ao celebrarem a avença, o fizeram com referência a uma certa possível flutuação de preços e variação de seu sacrifício econômico, mas não a uma variação excessivamente superior às alterações habituais do mercado específico no qual o contrato se insere (SCHREIBER, 2020, p. 287-288).

Em síntese, eventuais disparidades grosseiras em relação aos valores de mercado caracterizariam a presença de excessiva onerosidade no caso concreto. Ademais, se admitida a proposta interpretativa de deslocamento da centralidade da imprevisibilidade e da extraordinariedade dos fatos supervenientes para a onerosidade excessiva, tal como propõe Anderson Schreiber (2020, p. 251-268), a variação excessiva do valor das prestações, quando comparada em relação às flutuações convencionais do mercado, além de indicar a presença da onerosidade excessiva, levaria à presunção de imprevisibilidade e extraordinariedade da variação, verificada¹⁵⁹ (SCHREIBER, 2020, p. 290-291), na medida que, fora de eventual

¹⁵⁸ Pressupõe-se, neste quesito, que o estímulo e a proteção à livre concorrência seriam suficientes para garantir a inexistência de distorções no processo de formação dos preços praticados, razão pela qual sua utilização enquanto parâmetro objetivo de aferição seria viável. Ao revés, um mercado desregulado não seria passível de utilização para tal comparativo, na medida em que os preços ali praticados poderiam ser desvirtuados (RENNER, 2007, p. 160-161).

¹⁵⁹ Embora Anderson Schreiber faça alusão expressa ao controle da onerosidade das prestações mediante seu aferimento objetivo em relação ao mercado, este propõe, diferentemente de outros autores, que haja dispensa ao recurso da “álea normal” do contrato, cuja extrapolação é, no mais das vezes, adotada pela doutrina nacional como indicativo da presença da excessiva onerosidade. Defende, neste ponto, que, além de o Código Civil de

alocação ou assunção expressa de riscos, há de se presumir que os contratantes buscam adentrar em relações contratuais equilibradas.

Não bastasse as dificuldades já inerentes à conjugação, no art. 478 do Código Civil, dos requisitos causais da imprevisibilidade e extraordinariedade do fato superveniente com aquele objetivo, porém ainda de difícil aferição, da onerosidade excessiva, o legislador brasileiro inovou em relação ao italiano, na medida em que incluiu, ainda, um quarto requisito para a incidência da teoria da onerosidade excessiva: a presença de extrema vantagem para a contraparte.

Apontado como o requisito mais restritivo do alcance prático da teoria da onerosidade excessiva (MARTINS-COSTA; COSTA E SILVA, 2020, p. 216), a exigência da extrema vantagem para contraparte, como decorrência da onerosidade excessiva, se trata de inovação brasileira em relação à redação italiana do art. 1.467. Ao estabelecer que o direito à resolução contratual surgirá quando houve um “desequilíbrio” na balança contratual, indica que deverá haver perda de um lado e, respectivamente, ganho de outro, muito embora tal lógica binária não seja, no mais das vezes, adequada, por excluir as hipóteses em que ambos os contratantes sofrerem com o desequilíbrio contratual¹⁶⁰ (MARTINS-COSTA; COSTA E SILVA, 2020, p. 217-218).

Há a indicação de que a inclusão da extrema vantagem se deu em atenção a antigas posições doutrinárias acerca da alteração das circunstâncias contratuais, as quais associavam, por vezes, a proteção contra tal desequilíbrio à vedação ao enriquecimento sem causa (SCHREIBER, 2020, p. 228), justificada, à época, pela ausência de previsão de regras específicas sobre o tema no Código Civil de 1916 (DIAS, 2017, p. 87). Atualmente, contudo, a previsão de tal requisito é fortemente criticada, escorando-se a doutrina, comumente, na

2002 não se referir ao seu conteúdo – diferentemente, por exemplo, do art. 1.467 do Código Civil italiano –, defende que a menção aos “riscos próprios do contrato” se trata de verdadeiro pleonismo, já que a excessiva onerosidade somente pode ser assim considerada quando transcenda a álea normal do contrato, superando a “trajetória histórica de valores naquele mercado” (SCHREIBER, 2020, p. 291-292). Também sustenta que a menção a uma alteração “anormal” das circunstâncias, a qual, por sua vez, acarreta a superação dos riscos normais do contrato, acaba por fundir, em expressão utilizada pelo autor, os critérios de extraordinariedade, imprevisibilidade e mesmo o caráter de excessividade, em um “caldão” conceitual, apto a borrar a devida separação conceitual entre os requisitos (SCHREIBER, 2020, p. 293), ao passo em que também não contribui para aferição concreta do equilíbrio contratual, ou mesmo para a identificação de quais são aqueles riscos inerentes ao contrato (SCHREIBER, 2020, p. 296). Conclui, assim que a excessiva onerosidade já se configura como um risco anormal, razão pela qual cabe ao intérprete, tão somente, constatar se determinado risco foi ou não assumido pelo contratante, dispensando-se, assim, a remissão ao critério da “álea normal” do contrato (SCHREIBER, 2020, p. 298-300).

¹⁶⁰ Fenômeno que vem a ser designado como “dupla onerosidade excessiva”, vez que, muito embora a relação de corresponsabilidade entre os sacrifícios e benefícios econômicos seja mantida, ambos os contratantes vêm a sofrer com o desequilíbrio contratual horizontal, agravando-se, assim, ônus econômico por si suportado (SCHREIBER, 2020, p. 345).

crítica da excessiva restrição da aplicação da teoria, além de se tratar de clara desatenção ao fato de que ambos os contratantes, no mais das vezes, serão afetados pela desproporção:

Entre os seus requisitos, além da extraordinariedade dos acontecimentos imprevisíveis e do ônus excessivo para uma das partes, figura o da extrema vantagem para a outra, o que limita ainda mais o âmbito da abrangência da cláusula. Os fatos modificativos extraordinários incidem, quase sempre, de modo igual sobre as duas partes, tornando inviável a prestação, sem que disso decorra vantagem à outra; assim a guerra, as revoluções, planos de intervencionismo econômico etc. Portanto, o último requisito é absolutamente inadequado para a caracterização da onerosidade, que existe sempre o efeito do fato novo pesar demais sobre um, pouco importando que disso decorra ou não vantagem ao outro. (AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 152).

Surgem, assim, diversas interpretativas que buscarão soluções aptas a evitar, ao menos em tese, que o requisito da “extrema vantagem” venha a caracterizar verdadeira barreira de aplicação da teoria da onerosidade excessiva¹⁶¹. A título de exemplo, Ruy Rosado de Aguiar Júnior sugere que a ausência de tal requisito não impede a caracterização da onerosidade excessiva, a qual existirá sempre que os ônus decorrentes do fato superveniente sejam excessivos para um dos contratantes (AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 152); Giuliana Bonanno Schunck, em sentido similar, defende que o requisito da extrema vantagem não é imprescindível para a incidência da teoria da onerosidade excessiva, vez que pode ou não ocorrer, sendo elemento que apenas prejudica a correta interpretação do dispositivo. Conclui, assim, que não é requisito importante, cuja ausência não há de obstar eventual aplicação do instituto, sob pena de afronta ao equilíbrio contratual (SCHUNCK, 2010, p. 92-93).

Rafael Renner (2007, p. 326-327) chega a defender que tal requisito pode, no mais das vezes, resultar na ruína da parte prejudicada pelo desequilíbrio contratual, uma vez que, ao não ter obtido a contraparte lucro excessivo com o fato superveniente, não seria autorizada a revisão ou resolução contratual. É por tal razão que, como consequência de uma interpretação orientada para os valores e princípios constitucionais, sugere que o requisito seja sumariamente desprezado, sob pena de manutenção do desequilíbrio contratual constatado.

A seu turno, Otavio Luiz Rodrigues Junior (2006, p. 147 e 165) afirma que a extrema vantagem deve ser tomada como elemento acidental da alteração das circunstâncias de fato, cuja ausência não constitui óbice à aplicação da teoria da onerosidade excessiva. Desta feita, não seria admissível a exigência probatória do ganho inesperado da contraparte, vez que a

¹⁶¹ Em sentido contrário, Nelson Borges afirma, em interpretação apegada à literalidade da lei, que a onerosidade excessiva e a extrema vantagem são requisitos que não podem ser aceitos isoladamente, de forma que o art. 478 não comportaria aplicação na hipótese de presença de apenas um dos requisitos. Assim, a concomitância de ambos os requisitos, como forma de se demonstrar o desequilíbrio da “balança comutativa”, seria implícito ao conteúdo do dispositivo (BORGES, 2006, p. 95).

própria comprovação da excessiva onerosidade já é, por si só, difícil. Tal posição fora adotada pelo Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal, o qual, em na IV Jornada de Direito Civil, aprovou o Enunciado nº 365 com a seguinte redação:

A extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como elemento acidental da alteração das circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2007, v. 1, p. 45)

Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva, em construção teórica mais elaborada, sustentam a existência de uma “lacuna oculta” na redação do art. 478, de forma que sustentam a necessidade de redução teleológica do dispositivo¹⁶². Desta forma, nas hipóteses em que a presença da onerosidade excessiva não resultasse, necessariamente, em extrema vantagem para a contraparte, esta poderia ser presumida ou mesmo suprimida, de forma a viabilizar a resolução contratual no caso concreto (MARTINS-COSTA; COSTA E SILVA, 2020, p. 240).

Também Anderson Schreiber sugere proceder distinto em relação ao requisito da extrema vantagem. Frisa o autor, desde logo, não ser possível considerar o requisito como meramente acidental, dispensando, assim, demonstração plena, bem como não admite que este seja simplesmente ignorado. Tais sugestões interpretativas, afirma, divergem completamente do texto normativo do dispositivo, razão pela qual não assistiria, ao intérprete, a mera faculdade de desprezar requisito legal expresso do art. 478 (SCHREIBER, 2020, p. 231).

Sugere, assim, que a utilidade do requisito se evidencia, principalmente, como elemento indicativo da necessidade de revisão contratual, e não de sua resolução¹⁶³. Nos contratos bilaterais, ao se constatar a existência de excessiva onerosidade para um dos contratantes, há a necessidade de se considerar se houve um efeito benefício econômico obtido pela contraparte, a fim de verificar a ocorrência de desequilíbrio contratual vertical. Constando-se tal relação de agravamento do sacrifício econômico de uma parte, vinculado ao aumento do benefício de outra, a presença da “extrema vantagem” seria indicativa de que o remédio revisional deveria ser aplicado ao caso concreto, vez que o contrato poderia ser mais facilmente reequilibrado (SCHREIBER, 2020, p. 301-302).

¹⁶² Karl Larenz denomina “lacuna oculta” quando determinada regra, a fim de que seja corretamente interpretada de acordo com a teleologia imanente à lei, necessidade de uma restrição não contida no texto legal, ainda que esta seja contrária à sua literalidade. O acréscimo de tal restrição é necessário quando determinada regra fora concebida demasiadamente ampla, de forma que sua redução teleológica é necessária a fim de que se alcance o sentido da lei (LARENZ, 2019, p. 555-556).

¹⁶³ Tal proposta interpretativa é lastreada no fato de que o requisito da extrema vantagem fora inserido, tão somente, no art. 478 do CC, o qual trata acerca da resolução por onerosidade excessiva, e não no art. 317, do qual se extrai hipótese de revisão judicial do pacto.

Contudo, em se tratando de situação que o agravamento do sacrifício econômico se abata sobre ambos os contratantes, caracterizando dupla onerosidade excessiva, a aplicação da via resolutiva seria indicada, na medida em que eventual tentativa de revisar e reequilibrar o pacto resultaria em um contrato objetivamente novo, o que, potencialmente, poderia não atender ao melhor interesse das partes (SCHREIBER, 2020, p. 302-303).

Mantém-se, tal como em relação à onerosidade excessiva presente no art. 6º, V, do CDC, a exigência de requisitos negativos para a incidência do art. 478, quais sejam: a não imputabilidade da alteração superveniente à conduta do devedor que pretende se valer da resolução por onerosidade excessiva, pois, ainda que não previsto expressamente, tal requisito se trata de corolário lógico da boa-fé objetiva, obstando que as partes pretendam se beneficiar da própria torpeza (DIAS, 2017, p. 94-95); que o fato superveniente não atinja a álea normal do contrato, ou seja, que a onerosidade excessiva não seja englobada dentro dos riscos normais e próprios ao tipo contratual (SCHUNCK, 2010, p. 101-102); e que a parte que invoca a onerosidade excessiva não esteja em mora quando da ocorrência do fato superveniente (DIAS, 2017, p. 98).

O último requisito versa, em essência, a respeito da consideração que, uma vez constituído em mora quando da ocorrência do fato superveniente¹⁶⁴, o devedor teria a si imputado, indiretamente, a conduta causadora da excessiva onerosidade, vez que o cumprimento da obrigação no termo aprazado teria resultado no recebimento, pelo credor, da prestação que lhe era devida antes do desequilíbrio contratual. Ademais, há, aqui, aplicação analógica do art. 399 do Código Civil¹⁶⁵, o qual imputa os riscos de eventual impossibilidade da prestação, ainda que por força maior e caso fortuito, ao devedor em mora, razão pela qual este não deve, em igual modo, ser exonerado dos riscos da excessiva onerosidade (DIAS, 2017, p. 98-99).

O art. 478 prevê, por fim, que o remédio jurídico fornecido para eventual procedência do pedido resolução por onerosidade excessiva será a própria resolução contratual, cujos

¹⁶⁴ Paulo Lôbo obtempera, a este quesito, que a exigência de ausência de mora somente se justifica quando analisada antes da alteração das circunstâncias, ou seja, em relação às prestações originárias e não acometidas pelo desequilíbrio contratual funcional. Isto pois, logicamente, não há como se imputar ao devedor que cumpra a prestação que se tornou excessivamente onerosa antes de provocar o Poder judiciário, exatamente, para se desobrigado de tal prestação, sob pena de ser constituído em mora (LÔBO, 2011, p. 204). Há de se concordar com tal observação, pois o próprio conceito de “onerosidade excessiva”, como já visto, é intimamente relacionado com a extrema dificuldade de cumprimento da obrigação; não há se admitir, assim, que ao devedor seja imposto o ônus de seu adimplemento como pré-requisito para o ajuizamento ação resolutória, na medida em que constituiria de verdadeira chancela – e consumação, considerado que o sacrifício econômico mais gravoso já terá sido executado – do desequilíbrio que o ordenamento visa coibir.

¹⁶⁵ “Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.” (BRASIL, 2002).

efeitos retroagirão à data da citação da contraparte no processo. Assim, diferentemente do CDC, o art. 478, em interpretação literal do dispositivo, aparenta afastar a via revisional de seu conteúdo, salvo nas hipóteses dos arts. 479 (oferta de modificação equitativa das condições contratuais pelo réu) e 480 (pleito de redução ou modo de execução da prestação nos contratos unilaterais) (DIAS, 2017, p. 126).

4.6.3.2 A hipótese revisional do artigo 479: a possibilidade de oferta de modificação contratual equitativa pelo réu

Paralelamente à caracterização da teoria da onerosidade excessiva pelo art. 478 do CC, cuja único remédio ofertado é, conforme a literalidade do dispositivo, o da resolução contratual, o art. 479¹⁶⁶ traz, em sua redação, exceção à regra resolutiva, facultando ao réu (credor da relação obrigacional) a “oferta de modificação equitativa”¹⁶⁷ das condições contratuais, conforme designação adotada por Francisco Paulo de Crescenzo Marino (2020, p. 19).

O conteúdo revisional da oferta de modificação equitativa constitui, ao lado do art. 480 do Código Civil – bem como do art. 317 do CC, se admitido que tal dispositivo deva ser interpretado conjuntamente com os demais –, exceção à regra de extinção contratual prevista no art. 478 (RENNER, 2007, p. 328), evidenciando ainda, segundo Nelson Borges, uma inversão indevida de possibilidades¹⁶⁸, na medida em que, somente a provocação do Poder Judiciário mediante um pleito de resolução contratual, é que se permite a sua revisão, mediante oferta do réu (BORGES, 2006, p. 102).

De forma sucinta, a faculdade de “oferta de modificação equitativa” prevista no art. 479 do CC constitui verdadeiro contrapoder¹⁶⁹ conferido ao réu de eventual ação de resolução contratual por onerosidade excessiva¹⁷⁰, o qual poderá conservar o contrato mediante sua

¹⁶⁶ “Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato.” (BRASIL, 2002).

¹⁶⁷ Aponta Francisco Paulo de Crescenzo Marino (2020, p. 20) que a *reductio ad aequitatem* possui raízes remotas, originalmente vinculadas à figura da lesão, e que, sob os influxos da cláusula *rebus sic stantibus*, sofreu ampliação de seu uso, o qual passou a abarcar, também, aqueles contratos cuja execução se protraí no tempo.

¹⁶⁸ Contrariamente, Francisco Paulo de Crescenzo Marino defende que tal dinâmica dos remédios legais seria justificável, devido à existência de uma desigualdade originária de posições entre as partes. Assim, seria lógico que o poder resolutório fosse atribuído ao devedor, o qual teria o interesse de se livrar da obrigação excessivamente onerosa; caso contrário, entende que a atribuição do poder revisional ao devedor representaria a possibilidade de imposição, ao credor, de ônus econômico superior ao livremente assumido, e sem seu concurso, vez que decorrente de simples declaração de intenção revisional ou, mesmo, de atuação judicial (MARINO, 2020, p. 73).

¹⁶⁹ No caso, um poder unilateral de modificação contratual, em relação ao qual o demandante/devedor não poderá se opor, e que poderá ser exercido como forma de obstar a resolução contratual (MARINO, 2020, p. 123).

¹⁷⁰ Há autores que sustentam, tal como o faz Antônio Pedro Medeiros Dias, que a oferta da modificação equitativa do contrato não se restringiria ao âmbito processual, podendo ser operacionalizada mediante tratativas extrajudiciais, anteriores e exteriores ao processo. Pondera, contudo, que o conteúdo do art. 479 somente serviria

modificação equitativa (MARINO, 2020, p. 124). No caso, a modificação contratual, para que atenda à exigência de que seja “equitativa”, não deve se apegar a tal conceito em sua acepção como “justiça do caso concreto”, ou mesmo enquanto juízo excepcional de equidade, mas se refere à correspondência da proposta¹⁷¹ modificativa a eventuais valores de mercado da prestação discutida, os quais devem ser valorados, ainda, em conjunto com o modelo de distribuição de riscos adotado no contrato (MARINO, 2020, p. 194):

Parece-nos, no entanto, que a consideração do valor de mercado da prestação deve ser complementado com a valoração do modelo de distribuição de riscos inerentes ao tipo negocial em questão, do conteúdo do contrato *in concreto* e de todas as circunstâncias concretas que se mostrarem relevantes. [...]

No campo da excessiva onerosidade excessiva superveniente [...] o parâmetro a ser observado advém, primeiramente, do próprio contrato a ser modificado. Di-lo precisamente Bianca: “Função da recondução do contrato à equidade não é criar um novo arranjo contratual, mas conservar o arranjo querido pelas partes. Contrária a tal função seria, portanto, uma recondução do contrato voltada a tornar correspondente os valores das prestações, sem respeitar o seu equilíbrio originário”.

A função da modificação equitativa não é assegurar a equivalência objetiva das prestações, mas sim reconduzir o contrato a certo equilíbrio, pautado nos critérios concretos deduzidos do próprio contrato. (MARINO, 2020, p. 195-196)

A busca de certo patamar de reequilíbrio contratual, resultante da oferta de modificação equitativa, não deve, pois, se descolar do arranjo contratual originário, inclusive no que diz respeito à alocação de riscos e à álea normal do contrato; deve, portanto, levar em consideração a realidade específica da relação contratual existente, não se prestando a reconduzir, forçadamente, determinado contrato aos padrões de mercado quando este, originariamente e voluntariamente, já se afastava destes parâmetros (MARINO, 2020, p. 196).

Feitas tais observações, é certo, ainda, que o art. 479 dirige a faculdade da modificação equitativa do contrato, textualmente, ao réu da demanda, e não ao autor, cuja pretensão é restrita, por força do art. 478 do CC, ao pedido de resolução contratual (SCHREIBER, 2020,

a um propósito específico na medida em que seu conteúdo também puder ser operacionalizado e, ao final, imposto pelo juiz à contraparte, ainda que ausente sua aquiescência (DIAS, 2017, p. 151-152), posição esta com a qual há de se concordar.

¹⁷¹ Admitindo a ampliação do direito à revisão contratual também ao devedor prejudicado pela onerosidade excessiva, inclusive sem a necessidade de indicação imediata de proposta específica de modificação contratual, Antônio Pedro Medeiros Dias defende a desnecessidade de imposição ao réu, também, de que formule oferta específica de modificação contratual, sustentando a possibilidade de que este simplesmente manifeste sua oposição à resolução contratual, pleiteando a fixação, pelo órgão judicial, dos critérios necessários para a modificação contratual e sua consequente recondução à equidade (DIAS, 2017, p. 156). Francisco Paulo de Crescenzo Marino, a seu turno, defende que a determinação ou determinabilidade do conteúdo é requisito de validade da oferta de modificação contratual equitativa, sendo inválidas aquelas ofertas genéricas (MARINO, 2020, p. 236).

p. 314). Todavia, a literalidade do dispositivo não tem sido óbice a propostas interpretativas¹⁷² doutrinárias que buscam ampliar o direito ao pedido revisional, sustentando que os pedidos de resolução ou revisão poderiam ser pleiteados, indistintamente, pelo devedor da relação obrigacional (SCHREIBER, 2020, p. 318). Tome-se, como exemplo, a obra de Rafael Renner (2007, p. 332), que sustenta, com fundamento no princípio da conservação do contrato, a possibilidade de que o devedor também pleiteie a revisão contratual, inclusive alternativamente e cumulado ao pedido resolutório, e de Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2003, p. 160), que também sustenta a possibilidade que o devedor proponha, a seu critério, demanda para revisão, modificação ou resolução do contrato.

Tal ampliação das hipóteses de cabimento da revisão judicial dos contratos, contudo, não é pacífica na doutrina. Marino (2020, p. 23) aponta que os arts. 478 e 479, ao preverem, respectivamente, o pedido de resolução contratual e o poder de se opor a tal resolução mediante oferta de modificação equitativa, constroem um estado de equilíbrio de posições jurídicas entre o credor e o devedor, conferindo, a este último, hipótese de reação ao exercício da posição jurídica extintiva exercida pelo primeiro, e que eventual alteração intencional de tal equilíbrio exigiria ulterior trabalho de compatibilização do dispositivo, a fim de se recompor a dinâmica inicial dos remédios legais (MARINO, 2020, p. 23).

Em síntese, refuta que a invocação do princípio da conservação dos contratos seja fundamento suficiente para afastar o remédio resolutivo em favor da via revisional, na medida em que sua incidência não se dá de forma ilimitada, mas, sim, atrelada aos limites assinalados pelo ordenamento jurídico; mais especificamente, a revisão contratual daquelas prestações que se tornaram excessivamente onerosas é prevista, exatamente, no art. 479 do CC, o qual, embora admita a primazia da conservação dos pactos, delimita a forma o meio concreto de sua aplicação¹⁷³ (MARINO, 2020, p. 32-36). Some-se a tal fato, conforme afirmação de

¹⁷² Segundo Marino (2020, p. 21-22), a maior parte dos autores defendem, atualmente, a possibilidade de que o pedido revisional também seja requerido pelo devedor/autor. Tal posição é facilmente confirmada mediante consulta às obras que tratam sobre o tema, tais como, por exemplo, os trabalhos de Giuliana Bonanno Schunck (2010, p. 84 e 131), Nelson Borges (2002, p. 330-331), Antônio Pedro Medeiros Dias (2017, p. 156) e Antonio Junqueira de Azevedo (2009, p. 190-195). Conferir, neste sentido, ainda, o Enunciado nº 176 da III Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “Art. 478: Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2005, p. 59).

¹⁷³ O art. 479 do CC ainda possui importante particularidade em relação aos demais dispositivos conservativos no Código Civil, ao indicar a possibilidade de efetiva modificação do conteúdo contratual, ao passo em que a maior parte das outras regras de conservação do negócio indicam, como soluções pontuais, as de conservação interpretativa, mera correção ou ajuste de valores ou, ainda, a redução de conteúdo negocial, operada, por vezes, mediante adaptação ou substituição de eventual cláusula inválida (MARINO, 2020, p. 37). Aponta, portanto, que a ampliação da revisão contratual mediante a oferta equitativa de modificação contratual exige cautela, pois

Francisco Paulo de Crescenzo Marino, a inexistência de um princípio geral da revisão dos contratos no direito positivo brasileiro, de sorte que a via revisional, ao menos no Código Civil¹⁷⁴, é restrita àquelas regras expressas que autorizem a modificação contratual (MARINO, 2020, p. 38).

Seguindo influência legislativa capitaneada pelo art. 1.467, 3, do Código Civil italiano, a opção expressa do legislador brasileiro também fora no sentido de atribuir, com legitimidade exclusiva, o poder da oferta de modificação equitativa do contrato ao credor (MARINO, 2020, p. 73), afirmando Marino que, na experiência jurídica italiana, as correntes expansionistas da legitimidade e das hipóteses de cabimento do remédio revisional são minoritárias, de forma que também conclui pela necessária restrição do dispositivo ao âmbito de atuação do credor (MARINO, 2020, p. 234).

Longe de pretender exaurir o tema, a apresentação aqui carreada pretendeu demonstrar que, para além da já difícil caracterização ou verificação *in concreto* da onerosidade excessiva tal como prevista no art. 478, o art. 479 do CC, por mais que se apoie a literalidade de seu conteúdo na legitimidade exclusiva do credor para a oferta de modificação equitativa do contratual, considerável parte da doutrina se insurge contra ao recorte normativo adotado pelo Código Civil, atribuindo a revisão contratual como possibilidade secundária da onerosidade excessiva e retirando seu pedido da esfera jurídica do autor.

Instaura-se, assim, celeuma interpretativo a respeito da exata extensão do art. 479, em especial acerca dos limites da restrição do pedido revisional ao réu/credor de eventual ação de resolução por onerosidade excessiva, o que, longe de facilitar a aplicação do já complexo instituto, acaba por erigir novos obstáculos e incertezas acerca de seus efetivos contornos práticos.

Não menos complexo é o tema relativo à própria sentença que acolhe a oferta de modificação equitativa do contrato¹⁷⁵, a qual dificilmente é aprofundada pela doutrina pátria (MARINO, 2020, p. 216). A título de menção, sem, contudo, qualquer pretensão de aprofundamento, há diversas concepções, na doutrina e jurisprudência nacionais, acerca de sua natureza, as quais são analisadas pelo Francisco Paulo de Crescenzo Marino e o levam a

contém conteúdo significativamente mais amplo que os demais indicados, o que poderia resultar em impacto mais significativo nos programas contratuais a serem revisados (MARINO, 2020, p. 37).

¹⁷⁴ Francisco Paulo de Crescenzo Marino justifica (2020, p. 15), na introdução de sua obra, que sua análise é circunscrita ao regime do Código Civil, mormente à análise do art. 479, razão pela qual há de se considerar, que por opção expressa do autor, não há qualquer remissão às hipóteses de revisão judicial dos contratos positivadas no CDC, em especial aquela prevista no art. 6º, V, do CDC.

¹⁷⁵ Tal tema, contudo, foge aos limites da presente dissertação. Para aprofundamento sobre tal debate, remete-se, por todos, a capítulo específico da obra resultante da tese de livre docência de Francisco Paulo de Crescenzo Marino (2020, p. 199-231) sobre o tema.

concluir que a sentença que acolhe a oferta equitativa possui natureza constitutiva, na medida em que, “tutelando um direito potestativo condicionado ao exercício processual, tal provimento jurisdicional produz ele mesmo inovação na situação jurídica das partes” (MARINO, 2020, p. 236-237). Em se tratando, pois, de provimento que determina a natureza de uma oferta determinável, aponta ser tal sentença de natureza determinativo-constitutiva (MARINO, 2020, p. 231 e 237).

4.6.3.3 A hipótese revisional do artigo 480: o pedido de redução ou alteração do modo de execução da prestação nos contratos unilaterais

Como estudado até então, a própria noção de desequilíbrio contratual traz, consigo, a ideia de desequilíbrio entre prestações correspectivas – essencialmente vinculada, ainda, à concepção do sinalagma contratual -, seja pelo desequilíbrio contratual vertical ou horizontal. Tal generalização poderia acarretar a interpretação equivocada de que, nos contratos unilaterais, a noção de desequilíbrio contratual superveniente seria inaplicável diante da inexistência de contraprestação, restringindo-se aos bilaterais (BORGES, 2002, p. 705).

Todavia, tal análise precipitada é afastada pela inclusão do art. 480¹⁷⁶ do Código Civil, o qual se trata de dispositivo semelhante ao art. 1.468 do Código Civil italiano e positiva a possibilidade de revisão judicial dos contratos nos quais “as obrigações couberem a apenas uma das partes”¹⁷⁷ (BRASIL, 2002), com o intuito de obstar que estes sejam acometidos pela superveniência de excessiva onerosidade da prestação, sejam eles gratuitos ou onerosos¹⁷⁸ (RENNER, 2007, p. 342).

Tradicionalmente, a excessiva onerosidade é aferida quando há a presença de sinalagma contratual - evidenciado, a seu turno, pela existência de correspectividade entre as obrigações do credor e do devedor -, de sorte que sua verificação será feita, em certos casos, mediante comparação da relação de equilíbrio entre as prestações em dois marcos temporais: no momento originário de conclusão contratual, e no momento de sua execução, a fim de verificar eventual desequilíbrio funcional resultante de fato superveniente (DIAS, 2017, p. 107).

¹⁷⁶ Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

¹⁷⁷ Tal expressão é comumente reconduzida à noção de contrato unilateral, a qual, conforme clássica lição de Caio Mário da Silva Pereira, corresponde aos contratos com criação de obrigações tão somente para um contratante, também identificados como aqueles nos quais as prestações ficam a cargo de uma só parte (PEREIRA, 2013, v.3, p. 59).

¹⁷⁸ Novamente referenciando-se a obra de Caio Mário da Silva Pereira, contratos onerosos são caracterizados, em essência, quando ambas as partes buscam obter vantagens ou benefícios, impondo-se, como consequência, encargos reciprocamente benéficos para os contratantes; a seu turno, nos contratos gratuitos apenas uma das partes auferir vantagem, suportando, a contraparte, apenas o encargo da prestação (PEREIRA, 2013, v.3, p. 58).

Nos contratos unilaterais, porém, muito embora inexista a possibilidade de comparação entre prestações em dada relação contratual, sua aferição também será resultante da análise da própria prestação do devedor em dois momentos distintos – quais sejam, formação e execução –, buscando-se constatar se o devedor estaria sujeito a comportar sacrifício econômico desproporcional em relação ao originário (RENNER, 2007, p. 343). No mesmo sentido, Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes afirmam que, na hipótese do art. 480 do CC, não se fala em desequilíbrio entre prestações correspectivas, mas, sim, em desequilíbrio “entre a obrigação que fora originalmente projetada pelo devedor e sua configuração no momento em que o respectivo cumprimento se tornou devido” (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2012, v. 2, p. 134-135). É exemplo de contrato unilateral e gratuito que vem a padecer de excessiva onerosidade o contrato de doação, cujo ônus econômico, quando de sua execução, for desproporcional a aquele sacrifício inicialmente assumido pelo doador (RENNER, 2007, p. 118).

Antonio Junqueira de Azevedo, expandindo a interpretação do art. 480 do CC, admite, ainda, que a possibilidade revisional por onerosidade excessiva não se aplicaria, exclusivamente, aos contratos unilaterais, mas, também, àquelas cláusulas que criam obrigações para somente uma das partes, explicitando, ainda, a necessidade de se atentar ao seu sentido final, e não somente à sua redação:

O art. 480 do Código Civil de 2002, ao nosso ver, não se aplica exclusivamente aos contratos unilaterais; aplica-se também a cláusulas que criam obrigações somente para uma das partes – deixando esclarecido que não estamos nos atendo à redação de uma cláusula, e sim, ao seu sentido final. (AZEVEDO, 2009, p. 368).

Nelson Borges (2002, p. 708-709) também defende tal interpretação expansiva, sustentando a possibilidade de aplicação do art. 480 do CC para outras obrigações que não sejam provenientes, necessariamente, de uma relação contratual, como, por exemplo, manifestações unilaterais de vontade. Igualmente, Giuliana Bonanno Schunck entende pela possibilidade de ampliação das hipóteses de aplicabilidade do art. 480 do CC, como negócios jurídicos unilaterais em geral (SCHUNCK, 2010, p. 108), observações com as quais há de se concordar.

Discorda-se, contudo, da interpretação da autora de que o dispositivo também se aplicaria para os contratos bilaterais, desde que uma das partes já tenha cumprido com suas obrigações, de forma que se aguarda, tão somente, a execução da contraprestação (SCHUNCK, 2010, p. 107); neste mister, com razão Antônio Pedro Medeiros Dias (2017, p. 110), ao frisar que o fato da prestação de uma das partes já ter sido executada não é capaz de

converter o contrato bilateral em unilateral, aplicando-se, à espécie, tão somente o art. 478 do CC.

Em relação aos requisitos para sua aplicação, deve-se verificar, no caso concreto, os mesmos requisitos para a aplicação do art. 478 do CC (SCHUCNK, 2010, p. 104); não obstante, há de se considerar que a onerosidade excessiva não mais será aferida mediante comparação entre prestações, mas em relação à própria prestação unilateral, a ser analisada nos momentos de conclusão e execução (DIAS, 2017, p. 111); ademais, Schunck (2010, p. 104) entende pela impossibilidade de exigência do requisito da extrema vantagem resultante da onerosidade excessiva, argumentando por sua prescindibilidade, além de evidenciar a dificuldade exacerbada de sua comprovação nos contratos unilaterais pela ausência de correspondência entre prestação e contraprestação. No mesmo sentido, sustentando a inviabilidade de sua invocação na hipótese do art. 480 do CC, Antônio Pedro Medeiros Dias também conclui por sua inexigibilidade:

O requisito da extrema vantagem [...] consiste em exigência ligada ao equilíbrio entre as prestações recíprocas das partes contratuais, o que, por essência, não se verifica nos contratos unilaterais. Além disso, seria inviável e irrazoável exigir, para a aplicação do artigo 480, a comprovação da vantagem da outra parte, já que nos contratos unilaterais a onerosidade e a desproporção não são verificadas entre prestação e contraprestação, mas apenas entre a única prestação propriamente dita, em momentos temporais. (DIAS, 2017, p. 111)

Posto isto, o remédio eleito pelo legislador para o art. 480 do CC, diferentemente da regra geral resolutiva do art. 478, se trata da revisão judicial do contrato afetado, estipulando, ainda, duas formas, possíveis para sua realização: a redução da prestação¹⁷⁹, ou a alteração do seu modo de execução, tudo com vistas a evitar a onerosidade excessiva.

Assim, diferentemente do art. 478, o qual restringe o pedido autoral ao de resolução, e do art. 479, o qual, em sua literalidade, confere a possibilidade de oferta de modificação equitativa do contrato como um poder unilateral do réu, o art. 480 confere ao autor, diretamente, a possibilidade de que este pleiteie, como remédio prioritário para o desequilíbrio contratual, a revisão contratual (DIAS, 2017, p. 111-112).

Certos autores admitem, ainda, como o fazem Antônio Pedro Medeiros Dias (2017, p. 112) e Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2012, v. 2, p. 134-135), que, embora o art. 480 não

¹⁷⁹ Antonio Junqueira de Azevedo, com lastro em doutrina italiana que analisa o art. 1.468 de seu Código Civil de 1942, se refere à redução da prestação como “redução equitativa da prestação”, em sintonia com a menção italiana à *reductio ad aequitatem* (AZEVEDO, 2009, p. 211). Veja-se que, ao se referir à noção de “equidade”, o autor faz menção a requisito não constante do art. 480 do CC, mas, tão somente, do art. 479, sem que, contudo, pareça estar se referindo às formas particulares de modificação previstas em cada artigo como sinônimas.

menção expressamente a possibilidade de pedido resolutivo do contrato, tal alternativa seria possível quando o objeto do contrato for indivisível ou não comportar redução ou modificação na forma de sua execução. Tal interpretação é correta, inclusive de acordo com a própria literalidade do art. 480 do CC, o qual adota, ao se ferir à possibilidade redução da prestação ou alteração do modo de sua execução, o modal deôntico “poderá”, o que indica não uma imposição, mas, antes, uma faculdade posta à disposição do autor, o qual terá a seu dispor tanto o remédio resolutivo quanto o revisional. Esta constatação, inclusive, se apresenta muito mais clara e incontroversa do que as respectivas teses de ampliação irrestrita da via revisional.

Última questão diz respeito ao próprio pedido de modificação realizado com fulcro no art. 480 do CC, o qual também poderá ser formulado mediante indicação dos termos específicos de modificação ou, conforme entende Dias (2017, p. 113), com a mera indicação da vontade de se proceder com incidência do remédio revisional, de forma que os critérios específicos para sua realização seriam preenchidos pela atuação judicial, remetendo às demais diretrizes aplicáveis, por exemplo, pelos arts. 317 e 479 do CC.

Cabe aqui, entretanto, breve diferenciação em relação às demais previsões revisionais. Francisco Paulo de Crescenzo Marino (2020, p. 19-20), ao tratar exclusivamente acerca do art. 479 do CC, adota a expressão “recondução do contrato à equidade”, e não o termo “redução”, justificando tal opção pois “reconduzir” seria vocábulo mais adequado a expressar a reposição do contrato ao estado anterior, ao passo em que redução, propriamente, passou a indicar a ideia de “diminuição” a partir do século XX (MARINO, 2020, p. 20). Assim, ao empregar o termo “redução”, o art. 480 acaba por aproximar seu conteúdo da *reductio ad aequitatem*, diferentemente do art. 479, o qual somente prevê a possibilidade de modificação equitativa da prestação. Assim, o art. 480 do CC, ao que tudo indica, não somente autoriza a possibilidade de modificação contratual, como prevê, em verdade, que a prestação excessivamente onerosa seja reduzida para se obstar a excessiva onerosidade em seu cumprimento.

4.6.3.4 O art. 317: a possibilidade de correção do valor da prestação que se torna manifestamente desproporcional e as controvérsias acerca de sua interpretação conjunta com os arts. 478 a 480

Já fora mencionado, ainda que brevemente, que o art. 317¹⁸⁰ do CC, muito embora não esteja topologicamente inserido no contexto da teoria da resolução por onerosidade excessiva, é invocado por parte da doutrina como forma de, em interpretação sistemática com os arts. 478 a 480, autorizar a ampliação das hipóteses de revisão judicial à teoria da onerosidade excessiva (SCHREIBER, 2020, p. 244). Se trata, em expressão utilizada pelo autor, do mencionado “puxadinho hermenêutico” dos arts. 478 a 480, aplicando-se como forma de interpretação corretiva do conteúdo, por vezes criticado, dos referidos dispositivos, garantindo a incidência do remédio revisional onde, originalmente, apenas a via resolutiva seria permitida (SCHREIBER, 2020, p. 317).

Ilustrativa desta questão é a sempre abalizada doutrina de Antonio Junqueira de Azevedo, a qual expõe a necessidade da aplicação conjunta de tais dispositivos do Código Civil:

Por fim, não se pode interpretar o art. 478 isoladamente, como se nenhuma ligação possuísse com o restante do Código. O fundamento para a solução do problema da alteração das circunstâncias é o mesmo, que se trate de contratos unilaterais ou bilaterais: o agravamento relevante do custo econômico da prestação. Uma interpretação lógico-sistemática e teleológica dos arts. 478 a 480 do Código Civil de 2002, bem como do art. 317 (que também expressamente admite a correção do valor da prestação devida) e, ainda, dos demais dispositivos do Código que dizem respeito a contratos específicos (por exemplo, art. 620, para a empreitada; art. 770, parte final, para o seguro; art. 572, para cláusula penal; etc.), concluirá sem dificuldade que é perfeitamente possível rever também os contratos bilaterais na hipótese de excessiva onerosidade superveniente de uma das prestações. (AZEVEDO, 2009, p. 211)

Durante sua tramitação legislativa, o dispositivo que culminou na redação final do art. 317 buscava, inicialmente, combater os efeitos inflacionários e a desvalorização das prestações pecuniárias (SCHREIBER, 2020, p. 316), tanto que incluía, em sua redação, menção expressa à desvalorização da moeda como causa da desproporção resultante entre o valor original da prestação e aquele do momento da execução (MARINO, 2020, p. 27).

Contudo, as sucessivas alterações legislativas do dispositivo resultaram na supressão da expressão “desvalorização da moeda”, culminando, ao final, com a adoção do critério dos

¹⁸⁰ “Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.” (BRASIL, 2002).

“motivos imprevisíveis”, sem que, contudo, seja possível extrair dos debates parlamentares se a redação final eliminou as conexões com o contexto originário do debate, qual seja, o da correção monetária de dívidas pecuniárias (MARINO, 2020, p. 29).

Fato é que, além do local de sua inserção topológica no Código Civil, o art. 317 do CC faz referência à desproporção manifesta entre o “valor” da prestação, ao passo em que, também, faz referência a motivos imprevisíveis, na mencionando acerca dos fatos extraordinários ou, mesmo, da extrema vantagem. Tal fato, quando analisado com a inconsistência do tratamento do desequilíbrio contratual superveniente no direito pátrio, leva Anderson Schreiber a concluir, corretamente, que o tratamento do tema na realidade brasileira apresenta “quadro fragmentado e, em larga medida, inconsistente, repleto de conexões parciais e interseções pontuais, que acabam servindo de ‘pontes’ meramente parciais para uma interpretação cruzada em controvérsias surgidas nesse campo” (SCHREIBER, 2020, p. 248).

Especificamente em relação ao art. 317, Francisco Paulo de Crescenzo Marino levanta a existência de três correntes principais acerca de suas possibilidades de aplicação: uma primeira, que restringe o dispositivo às prestações pecuniárias; a segunda, a qual indica como majoritária, que estende a aplicação do dispositivo a toda e qualquer prestação; e a terceira corrente, ainda mais restritiva, e que reduz sua aplicação às obrigações não contratuais, sustentando que, aos contratos, somente os arts. 478 a 480 se aplicariam (MARINO, 2020, p. 25-26).

Distanciando-se da corrente majoritária, Marino (2020, p. 30) destaca que o art. 317 se trata de clara exceção ao princípio do nominalismo, presente no art. 315¹⁸¹, de sorte que seria evidenciada a restrição de sua incidência às obrigações exclusivamente pecuniárias. Da mesma forma, Judith Martins-Costa evidencia que um dos limites da aplicação do art. 317 se trata, exatamente, do fato de se cingir às obrigações pecuniárias, como indica sua topografia (MARTINS-COSTA, 2020, p. 416).

Esta restrição seria acentuada, ainda, pela literalidade do art. 317, o qual oferece, como remédio jurídico a “correção” da desproporção observada entre os valores original e atual da prestação, como forma de se assegurar seu “valor real”, o que também demonstra sua compatibilidade com a correção monetária das dívidas em dinheiro (MARINO, 2020, p. 30).

¹⁸¹ “Art. 315. As dívidas em dinheiro deverão ser pagas no vencimento, em moeda corrente e pelo valor nominal, salvo o disposto nos artigos subseqüentes.” (BRASIL, 2002). Renan Lotufo, todavia, ressalta que, por mais que tal remissão feita pelo art. 315 seja indicativa de sua total pertinência em relação ao conteúdo do art. 317, esta não implica na supressão das outras hipóteses de obrigação, tais como as de dar coisa – distintas, propriamente, de dinheiro -, de fazer ou não fazer. Sua inserção na seção relativa ao pagamento deve levar em consideração, ainda, que “pagamento” é sinônimo de “adimplemento”, o que estenderia sua aplicação para a satisfação de qualquer tipo de crédito (LOTUFO, 2003, v. 2, p. 228-229).

Trata-se de hipótese revisional substancialmente distinta, por exemplo, da oferta de modificação contratual equitativa do art. 479, de forma que a inclusão de todas as hipóteses sob a mesma rubrica resultaria na confusão de “forma inconfundíveis de intervenção na economia contratual” (MARINO, 2020, p. 31). Em sentido, análogo, Judith Martins-Costa também conclui pela necessária cisão dos dispositivos, de sorte que o art. 317 restringir-se-ia às obrigações pecuniárias, aplicando-se, quando cabível, à revisão das demais espécies contratuais o art. 479 do CC (MARTINS-COSTA, 2020, p. 417-418).

Em sentido diverso, Anderson Schreiber (2020, p. 326) colhe, do art. 317, a base normativa que autorizaria o cabimento da revisão judicial dos contratos na hipótese de desequilíbrio contratual superveniente. Também sustentam tal possibilidade, por exemplo, Giuliana Bonanno Schunk (2010, p. 123) e Renan Lotufo, o qual, a seu turno, é vocal acerca da maior abrangência do disposto no art. 317 do CC, o qual se aplicaria a toda e qualquer obrigação, seja pecuniária ou não:

A presente disposição, em primeiro lugar, não se restringe às contratuais, em que, pelo princípio da justiça contratual, o equilíbrio das prestações deve ser mantido, como decorrência da equitatividade, da igualdade. Por outro lado, por ter aplicação mais ampla (a toda e qualquer obrigação), não colide nem invalida as disposições expressas relativas à onerosidade excessiva, estipuladas para serem de aplicação estrita ao campo contratual,
[...]

Por último, entendemos, que o dispositivo não fica restrito ao plano das obrigações em dinheiro, ainda que sejam mais numerosas, pois que a interpretação integradora enseja aplicação mais genérica do dispositivo.
[...]

A referência expressa do artigo à prestação devida evidencia que não há restrição à de dar dinheiro, já que englobadora de qualquer das modalidades obrigacionais. Aliás, tal interpretação estará muito mais consentânea com o espírito da socialidade e da boa-fé do que a restritiva, e tais princípios são norteadores do novo Código. (LOTUFO, 2003, v. 2, p. 228-229)

Em que pese a discussão acerca da aplicação ou não do art. 317 do CC a todas as demais obrigações, ainda que não pecuniárias, extrapolar os limites da presente dissertação, é certo que a admissão de tal aplicação ampla resulta em importantes conclusões interpretativas, especialmente aquelas relativas à correta interpretação da noção de “onerosidade excessiva”, contemplando fenômenos tais como o do “envilecimento” da prestação, os quais são sobremaneira úteis para a compreensão global do fenômeno do desequilíbrio funcional dos contratos.

4.6.4 A necessidade de compatibilização das regras relativas ao desequilíbrio contratual superveniente com as convenções processuais prévias

Demonstrou-se, em capítulo anterior, que às convenções processuais, tais como aos demais contratos e negócios jurídicos, são aplicáveis os imperativos constitucionais da solidariedade e, em última instância, do próprio princípio do equilíbrio contratual, não se admitindo, na realidade constitucional vigente, a reedição de “zonas francas” para a atuação da autonomia da vontade.

A manutenção do equilíbrio objetivo das convenções processuais, corolário do reconhecimento da existência de um princípio do equilíbrio contratual, é algo que deve ser realizado “na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2015, p. 90), introduzindo o sempre necessário controle de proporcionalidade do conteúdo do contrato e tutelando, ao final, os desequilíbrios originário e superveniente (SCHREIBER, 2020, p. 86).

Certo é, também, que o ordenamento jurídico brasileiro põe à disposição dos contratantes inúmeras regras específicas para a tutela de tal desequilíbrio. As regras relativas ao desequilíbrio contratual superveniente ou funcional, sejam aquelas aplicáveis ao regime consumerista ou geral dos do direito privado brasileiro – art. 6º, V, do CDC, e arts. 317 e 478 a 480, do CC, respectivamente – foram analisados no presente capítulo, com ênfase a importantes aspectos de sua interpretação, o quais são essências para o correto dimensionamento de sua aplicação ao caso concreto.

Dito isto, a doutrina já tem admitido que institutos tais como o da resolução por onerosidade excessiva sejam aplicáveis às convenções processuais, tal como o fazem Antonio do Passo Cabral (2020, p. 436), Fredie Didier Jr. (2018, p. 41-42) e Filipe José Medon Affonso (2020, v. 1, t. 2, p. 104-105). Todavia, não passa desapercibido que, no mais das vezes, a doutrina processualística, quando admite a aplicação das regras de tutela ao desequilíbrio contratual funcional às convenções processuais, o faz de forma geral, mais focada em mencionar, brevemente, a possibilidade de sua aplicação, do que, de fato, demonstrar como se dará sua incidência.

Neste mister, a longa exposição feita até o momento se prestou a comprovar que tais institutos, nem mesmo quando circunscritos ao direito privado, campo por excelência de sua aplicação ao longo dos séculos, é tomado por consenso acerca da melhor interpretação de seus requisitos; ademais, a realidade brasileira, padece, ainda, de incontestado fracionamento de

teorias e requisitos de aplicação, além de ter feito, ao menos no campo do direito civil, importação possivelmente acrítica da teoria italiana positivada no Código Civil de 1942.

A efetiva correção formal das convenções processuais (CABRAL, 2020, p. 310), neste caso, somente pode ser realizada, a contento, mediante detida análise dos requisitos admitidos no ordenamento jurídico brasileiro para a aplicação da onerosidade excessiva, evidenciando seus pontos centrais e suas contradições, além de se valer do amplo e profundo estudo já realizado sobre seus requisitos pela doutrina civilística.

Sustenta-se, ainda, a impossibilidade de se fazer mera transposição dos requisitos previstos no CDC e no CC para as convenções processuais sem, antes, avaliar sua compatibilidade, bem como realizar a devida identificação dos pontos de encontro que podem facilitar sua incidência. Tal etapa é essencial para a correta aplicação das regras de direito material, sobretudo pela expressiva diferença do objeto das convenções processuais em relação às de direito civil, posto que seu objeto tratar sobre modificações de regras processuais ou procedimentais, ou mesmo sobre situações jurídicas processuais, dentre as quais se incluem o *pactum de non petendo*, a renúncia convencional ao recurso, dentre outras (CABRAL, 2020, p. 91).

Se qualquer pretensão de ser análise exaustiva sobre o tema, o estudo da possível compatibilização entre os requisitos das regras de tutela do desequilíbrio contratual superveniente do CDC e do CC às convenções processuais prévias será o objeto do qual se encarregará o próximo capítulo.

5 A TUTELA DO DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL SUPERVENIENTE DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PRÉVIAS

Desenvolveu-se nesta dissertação, até o presente capítulo, raciocínio essencialmente linear. Partiu-se da noção da autonomia privada, apontando as espécies dos negócios jurídicos e dos negócios jurídicos processuais como instrumentos para sua realização; em um segundo momento, apontou-se que esta mesma autonomia privada, já redimensionada aos ditames da Constituição Federal de 1988, não mais reflete a perspectiva absolutista de outrora, de forma que, em seu âmago, a “justiça” contratual não mais se exaure ou se satisfaz pela plenitude imaculada do acordo de vontades, mas, antes, exige o efetivo equilíbrio objetivo do vínculo negocial.

Tal noção de equilíbrio contratual, além de possuir índole constitucional, partindo dos princípios da solidariedade e da justiça social, também encontra guarida no direito infraconstitucional, encontrando paralelo no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil vigente. Seja pela incidência do princípio do equilíbrio contratual, seja pela aplicação das regras de tutela do desequilíbrio superveniente em espécie, todos os negócios jurídicos, contratos, convenções, dentre outros, devem espelhar tal imperativo, sob de pena não refletir conteúdo legítimo a ponto de merecer tutela pelo ordenamento jurídico.

Naturalmente, esta aplicação deve incidir, também, sobre as convenções processuais prévias ou pré-processuais. Veja-se que, conforme lição de Loïc Cadiet (2017, p. 111-112), os civilistas – ou, mais especificamente, o direito civil – não têm monopólio do instituto do contrato, muito menos do chamado contrato de convenção¹⁸², o qual, atualmente, tem servido como importante “instrumento de gestão do processo e uma ferramenta de política pública” (CADIET, 2017, p. 110):

Com efeito, algumas dessas formas são perfeitamente redutíveis a categorias tradicionais de direito contratual, como a transação ou as convenções de arbitragem. A assimilação é muito menos evidente, no

¹⁸² No contexto da negociação processual, a terminologia “convenção” é comumente empregada como forma de se evidenciar um acordo no qual as vontades das partes são unidades para um interesse em comum, enquanto que a noção de “contrato” exprimiria uma avença na qual as vontades se vinculam a interesses contrapostos (GAJARDONI, 2015, p. 615). Neste sentido, José Carlos Barbosa Moreira já empregava a expressão em clássico artigo sobre o tema, “Convenções das partes sobre matéria processual”, fazendo expressa opção pelo termo por indicar como mais técnico e aderente à linguagem do então vigente Código de Processo Civil (BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 89). Atualmente, Fernando da Fonseca Gajardoni conclui que, por mais que não seja possível negar a existência, abstratamente, de contratos processuais, são as convenções que encontram maior espaço para desenvolvimento, mediante convenções de eleição de foro, suspensão do processo e sobre o ônus da prova, dentre outras (GAJARDONI, 2015, p. 615). Em sentido análogo, Antonio do Passo Cabral também elege o termo para sua obra, justificando sua pertinência em relação àqueles negócios resultantes da convergência da vontade das partes, além de se tratar de expressão inequívoca e que remete tanto ao direito privado, quanto que ao público (CABRAL, 2020, p. 71-72).

entanto, para outras figuras da contratualização do processo. Esse é o caso particular de todos os atos processuais que apresenta um caráter convencional, como os atos processuais conjuntos, e as diversas hipóteses de acordos processuais sobre a competência e o ofício na direção do processo, como, por exemplo, a retirada da causa do juízo por força de requerimento conjunto das partes. Nada obstante, a ligação entre contrato e contratualização chega mesmo em seu ponto máximo de distensão com as formas convencionais da ação administrativa em matéria de acesso ao direito, de gestão de processos e de *management* de jurisdições. (CADIET, 2017, p. 111)

São tais particularidades das convenções processuais, pois, que devem ser aqui exploradas. A aplicação das regras atinentes à tutela do equilíbrio contratual deve passar pela compatibilização de seus requisitos com as particularidades das convenções processuais prévias, especialmente de seu objeto, razão pela qual se fará, a seguir, breve estudo do conteúdo objeto das negociações processuais.

5.1 O objeto das convenções processuais

De uma forma geral, as convenções processuais podem ser divididas em dois grupos: aquelas que versam acerca das regras procedimentais, tendentes a modificar o rito processual, denominadas de acordos dispositivos ou de disposição (*Verfügungsverträge*), e aquelas que não alteram o procedimento, mas estabelecem obrigações de fazer ou não fazer para as partes, ou seja, convencionam acerca situações jurídicas ou sua exercibilidade, denominados acordos obrigacionais ou de obrigação (*Verpflichtungsverträge*) (CABRAL, 2020, p. 90-91).

O art. 190 do CPC faz menção expressa a ambas as categorias (CABRAL, 2020, p. 93): autoriza os acordos dispositivos, mencionando a possibilidade de ajuste do procedimento às especificidades da causa – a “flexibilização voluntária de procedimentos”, conforme nomenclatura adotada por Fernando Gajardoni (2015, p. 622) -, ao passo e que também prevê a possibilidade de se convencionar acerca dos “ônus, poderes, faculdades e deveres processuais” (BRASIL, 2015), ou seja, negociação sobre situações jurídicas processuais, sendo que ambas as modalidades podem se convencionadas concomitantemente ou não (GAJARDONI, 2015, p. 622).

A extensão da primeira parte do art. 190 do CPC, relativa aos acordos de procedimento, é substancialmente ampla, admitindo ampla alteração de regras do procedimento, inclusive mediante supressão ou inserção de etapas procedimentais (GAJARDONI, 2015, p. 624). Em feliz descrição de Lorena Miranda Santos Barreiros, a qual consegue captar, de forma sucinta, a profundidade e a importância de tal previsão normativa, tem-se que, nas convenções sobre o procedimento:

Admite-se que as partes, em linhas gerais, escolham, dentre as opções apresentadas pelo ordenamento jurídico, o procedimento a ser seguido. Podem, ainda, construir um novo rito, suprimindo atos processuais, invertendo a ordem de sua realização, alterado a forma de tais atos ou o prazo para sua prática, dentre outras possibilidades. Tais acordos processuais ensejam, como regra, a derrogação de regras preestabelecidas para o desenvolvimento processual. (BARREIROS, 2016, p. 216)

Pedro Henrique Nogueira sugere, ainda, que tais acordos sobre o procedimento podem ser subdivididos entre acordos estáticos e dinâmicos, a depender da escolha, na convenção, da eleição de regras diferenciadas ou não para o rito. Os acordos estáticos decorrem da opção, pelas partes, de um determinado procedimento em detrimento de outro, quando a lei assim o permitir e sem que haja a livre modificação das regras procedimentais; por sua vez, os acordos dinâmicos seriam aqueles formulados em exercício pleno da primeira parte do art. 190 do CPC, com ajuste do procedimento mediante criação de proceder próprio, ou mediante inclusão, supressão ou ampliação de meios de provas, forma dos atos, prazos, etc (NOGUEIRA, 2016, p. 229-230).

Certo que é, que a atipicidade do art. 190 do CPC encontra terreno fértil para florescer no contexto dos acordos de procedimento. Gajardoni, a título de exemplo, arrola extensa lista de potenciais modificações procedimentais que podem ser celebradas, enfatizando acordos que aponta como prováveis de serem constatados com frequência, tais como os de ampliação de prazos para resposta, recurso e manifestações em geral, a exclusão de atos processuais previstos abstratamente no procedimento, tais como a audiência prévia de tentativa de conciliação ou mediação do art. 334, a inversão da ordem de produção de provas no processo, dentre várias outras (GAJARDONI, 2015, p. 625-626). Lorena Miranda Santos Barreiros sustenta, também exemplificativamente, a possibilidade de pactuação que as intimações judiciais sejam feitas por meios de comunicação mais céleres, tais como aplicativos de mensagens (BARREIROS, 2016, p. 218), atualmente ubíquos na realidade social brasileira.

Érico Andrade, em perspectiva mais global, já identifica a existência de certos “circuitos” no âmbito do procedimento comum - sem prejuízo de sua eventual conjugação de técnicas de procedimentos especiais -, classificados, respectivamente, em “abreviado”, “médio” e “longo”, cuja extensão depende de eventual incidência de mecanismos de improcedência da petição inicial ou indeferimento liminar do pedido, julgamento conforme o estado do processo ou necessidade de dilação probatória completa (ANDRADE, 2020, v. 1, t. 2, p. 67); no caso de audiência infrutífera de tentativa de conciliação, sugere que o ato poderia ser utilizado, pelas partes e o órgão judicial, para fins de calendarização do processo (art. 191 do CPC) e mesmo debate acerca da possibilidade de adoção de algum dos mencionados

“circuitos procedimentais”, a depender da complexidade da causa (ANDRADE, 2020, v. 1, t. 2, p. 73-75).

Embora as inúmeras possibilidades de acordos procedimentais sejam festejadas e aclamadas pela doutrina, ponto menos pacífico diz respeito à inclusão, no art. 190, da menção que a estipulação de mudanças no procedimento se faz com a finalidade de “ajustá-lo às especificidades da causa” (BRASIL, 2015). Antonio do Passo Cabral, neste mister, sustenta que a previsão de tal finalidade específica incide, tão somente, sobre os acordos sobre os procedimentos, e não sobre situações jurídicas processuais, na medida em que os interesses privados devem ser exercidos em equilíbrio com os interesses públicos, razão pela qual haveria maior liberdade nos acordos obrigacionais do que nos dispositivos (CABRAL, 2020, p. 93-94).

Em sentido diverso, Fernando da Fonseca Gajardoni entende que é indevida limitação dos acordos procedimentais às hipóteses em que existam, de fato, “especificidades” da causa que justifiquem a alteração procedimental, de forma que a reputa a expressão como infeliz e que sequer deveria constar da redação do dispositivo; ao revés, aponta que a alteração do procedimento deve ser possível quando for simplesmente conveniente para as partes, independentemente de outros condicionantes, uma vez já preenchidos os requisitos gerais e específicos dos negócios processuais atípicos (GAJARDONI, 2015, p. 624-625).

Similarmente, Pedro Henrique Nogueira (2016, p. 230) afirma que a expressão “especificidades da causa” evidencia, tão somente, as circunstâncias que as partes negociantes reputam como relevantes a ponto de exigir tratamento procedimental diferenciado. Assim, são estas quem elegem as especificidades e, conseqüentemente, pactuam os ajustes ao procedimento.

Com razão o posicionamento de Gajardoni e Pedro Henrique Nogueira. De fato, a observância das supostas “especificidades da causa” não é incluída como elemento de controle judicial de validade da convenção (art. 190 do CPC), e nem poderia sê-lo, pois se trata de elemento intimamente subjetivo e afeito ao autorregramento da vontade das partes. Caso contrário, deixar a apreciação de suposto “descabimento” do acordo procedimental com as especificidades ao sabor do órgão judicial seria, em verdade, cancelar interpretação em desconformidade com o art. 200 do CPC e, mesmo, com as condições gerais e específicas de validade dos negócios processuais. As partes, de fato, ao terem identificados fatos reputados por si como específicos o suficiente para exigir a adaptação procedimental, devem ter respeitada seu pacto, sob pena de indevida ingerência em sua autonomia e, mesmo, negativa de vigência a art. 190 do CPC.

A autorização legal para a celebração de acordos processuais sobre situações jurídicas processuais, prevista na segunda parte do art. 190 do CPC, representa, contudo, uma das principais inovações do CPC, vez que seu regramento sempre “foi hermeticamente fechado a qualquer influência da vontade das partes” (GAJARDONI, 2015, p. 626).

De forma sintética, as situações jurídicas *lato sensu* são espécie de categoria eficaz, designando:

toda e qualquer consequência que se produz no mundo jurídico em decorrência de fato jurídico, englobando todas as categorias eficazes, desde os mínimos efeitos à mais complexa das relações jurídicas; define, portanto, qualquer posição em que se encontre o sujeito de direito no mundo jurídico; (MELLO, 2003, p. 79)

Ademais, em se tratando de conceito lógico-jurídico, a noção de situação jurídica comporta aplicação nas mais diversas subáreas da dogmática jurídica (NOGUEIRA, 2010, v. 2, p. 756), tal qual no direito processual civil, em que as situações jurídicas processuais designam “um estado do sujeito em relação ao fato previsto na norma processual” (NOGUEIRA, 2010, v. 2, p. 767). Assim, da condição das partes como integrantes do processo – ou, ao menos, da expectativa de virem a integrar um processo, diante da autorização do art. 190 do CPC que as convenções processuais sejam formuladas antes mesmo de sua instauração – decorre sua titularidade de situações jurídicas subjetivas processuais, dentre as quais se incluem faculdades, ônus, poderes, deveres e sujeição (ABDO, 2010, v. 2, p. 339-340).

Indica-se, ainda, que tais situações jurídicas processuais podem ser divididas entre três grandes grupos, classificados como situações jurídicas de vantagem, desvantagem e as neutras¹⁸³, categoria última esta que abrangeria, por exemplo, as faculdades, entendidas como aqueles atos cuja prática é permitida, mas não devida ou obrigatória, inserindo-se, pois, no campo da autonomia da parte (CABRAL, 2020, p. 358-359).

Certo é, que o art. 190 do CPC abrange tais categorias de situações jurídicas processuais ao conferir autorização legal para que sejam objeto, ao lado dos acordos procedimentais, das convenções processuais. Neste mister, há ampla liberdade para que as partes disponham, em atenção à sua conveniência, acerca de situações jurídicas de vantagem as favoreçam¹⁸⁴ (NOGUEIRA, 2016, p. 230) ou neutras – essencialmente, direitos e

¹⁸³ Buscando evitar o que denomina de “zonas cinzentas” existentes entre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, Gajardoni sugere simplificação para a correta compreensão dos negócios processuais que envolvam situações jurídicas processuais, estabelecendo que fora conferido poder às partes para convencionarem sobre as suas situações ativas e passivas na relação jurídica processual (GAJARDONI, 2015, p. 626-627).

¹⁸⁴ Ao tratar sobre a disponibilidade e a renunciabilidade das situações jurídicas processuais, Cabral (2020, p. 216-224) já destacava que, ao considerar a esfera de liberdade de atuação dos indivíduos, não se justificava

faculdades, respectivamente -, seja para “incrementar sua esfera jurídica quanto para abdicar de situações vantajosas” (CABRAL, 2020, p. 360). O art. 190 do CPC também disciplina a possibilidade de celebração de convenção acerca de situações jurídicas de desvantagem, dentre as quais se incluem, comumente, a sujeição, os deveres e os ônus (CABRAL, 2020, p. 360).

Cabe mencionar ainda, que a redação do art. 190 do CPC, ao tratar acerca das convenções sobre situações jurídicas processuais, autoriza, textualmente, que tal negociação se dê sobre os “seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais” (BRASIL, 2015). O emprego do termo “seus” representa, de fato, uma restrição lógica e semântica da extensão da disponibilidade convencional das partes, de forma que somente seriam disponíveis de pactuação aquelas situações ativas ou passivas que sejam de titularidade das partes, e não do Estado-juiz, cujas situações jurídicas não decorrem da autonomia privada, mas, sim, da lei e da Constituição Federal (GAJARDONI, 2015, p. 627), entendimento este com o qual há de se concordar.

A gama de possíveis convenções sobre situações jurídicas também é infindável, conforme dita a própria atipicidade do art. 190 do CPC. Para fins de mera ilustração, Fernando Gajardoni aponta rol não taxativo de possíveis negócios processuais sobre tais situações, tais como pactos de não denunciação à lide ou chamamento ao processo, pacto de impenhorabilidade de certos bens, acordo sobre a ordem de penhora de bens (GAJARDONI, 2015, p. 630), dentre inúmeros outros, cuja exposição escapa aos objetivos da presente dissertação.

O que se buscou, na presente exposição, fora demonstrar que, diferentemente da grande maioria dos contratos de direito privado, cujo conteúdo é, no mais das vezes, de cunho patrimonial – contenha estas obrigações pecuniárias, de dar, fazer ou não fazer -, a natureza do objeto das convenções processuais é essencialmente distinto; não há, necessariamente, referibilidade a um valor econômico – salvo, por exemplo, em eventuais acordos acerca de custas processuais, cuja aplicação, contudo, aparenta ser um tanto quanto limitada, considerando as potencialidades da atipicidade do art. 190 do CPC -, pois, diferentemente, seu objeto versa sobre questões procedimentais ou situações jurídicas processuais. Tal observação

eventual restrição ao direito individual de renúncia a dada situação vantajosa, vez que o estabelecimento e a atribuição de direitos ao sujeito não devem ser confundidos com a imposição de seu exercício. Resumidamente, “os direitos fundamentais, no seu aspecto subjetivo, são situações jurídicas de vantagem, e assim existem claramente para beneficiar o sujeito de direitos. Isso não significa que sejam inderrogáveis ou irrenunciáveis, o que seria mesmo inimaginável: alguém ser obrigado a exercer um direito!? A questão está em saber quais situações jurídicas as partes podem dispor, e em que medida os direitos fundamentais processuais podem ser renunciados.” (CABRAL, 2020, p. 222).

é de importância ímpar pois indica, desde já, possíveis dificuldades na aferição objetiva de eventual excessiva onerosidade resultante do desequilíbrio funcional das convenções processuais prévias.

Já se demonstrou, em capítulo anterior, que a doutrina civilista, ao enfrentar o tema – não infenso a polêmicas mesmo na seara do direito privado, como também já visto -, faz, comumente, referência ao agravamento do sacrifício econômico da parte prejudicada pela onerosidade excessiva: seja pela adoção do critério da “álea normal do contrato”, concluindo pela necessidade de aferição de eventuais variações históricas e habituais dos preços de mercado, a fim de que a possível desproporção prestacional seja comparada com tais flutuações; ou, mesmo, com referência ao “envilecimento” da prestação, na qual não há, necessariamente, acréscimo substancial do valor da prestação devida, mas, sim, grave diminuição do valor da contraprestação; ou, por fim, em se tratando de onerosidade excessiva que acometa obrigações cabíveis, tão somente, a uma das partes (art. 480 do CC), há a comparação entre os preços do momento da conclusão do contrato com aquele do momento de sua execução.

Todos estes parâmetros de aferição da onerosidade excessiva, requisito este aqui enfatizada por se tratar, efetivamente, de critério objetivo apto a demonstrar a ocorrência de desequilíbrio contratual, fazem referência, de uma forma ou outra, a valores ou preços das prestações, os quais não podem ser simplesmente transpostos para a realidade das convenções processuais prévias, diante da ausência de imediata correspondência entre seu conteúdo. Para que se possa, portanto, determinar parâmetros análogos aos do direito privado para as convenções processuais prévias, deve-se, inicialmente, analisar algumas propostas doutrinárias de identificação dos limites para a convencionalidade processual, o que se passa a fazer a seguir.

5.2 O problema da identificação dos limites das convenções processuais

A exigência de que os negócios jurídicos processuais, para que sejam válidos, contenha objetivo lícito, possível, determinado ou determinável (art. 104, II, do CC) e verse a respeito de direitos que admitam autocomposição (art. 190 do CPC), tem sido objeto de inúmeros esforços interpretativos para a identificação da efetiva delimitação do que, de fato, se enquadraria dentro do critério da “licitude” abstratamente previsto; não por outra razão, é adjetivado como o tema mais sensível e indefinido da dogmática dos negócios processuais atípicos (DIDIER JR., 2018, p. 36). Assim, sem qualquer pretensão de se exaurir o tema – até

por escapar aos escopos da presente dissertação -, é de certa valia a análise de algumas propostas interpretativas que buscam melhor delimitar a questão.

De forma geral, é possível identificar na doutrina um primeiro limite significativo para a negociação processual na imperatividade de respeito ao devido processo legal¹⁸⁵ (YARSHELL, 2016, v. 1, p. 82) – conforme previsão constitucional expressa do art. 5º, LIV e LV, da CF¹⁸⁶ - e às garantas fundamentais do processo (CUNHA, 2016, v. 1, p. 71), sendo nulas de pleno direito aquelas convenções tendentes, exemplificativamente, a dispensar o dever de motivação das decisões judiciais e a suprimir o contraditório ou o direito de defesa (GAJARDONI, 2015, p. 617).

É comum, também, a limitação da convencionalidade processual pela doutrina ao “espaço de disponibilidade outorgado pelo legislador”, o que leva à exclusão das situações tratadas por normas cogentes do poder de autorregramento da vontade das partes (CUNHA, 2016, v. 1, p. 71). No mesmo sentido, Helder Moroni Câmara (2018, p. 127-128), com fundamento em Loïc Cadiet, sugere a existência de uma “linha vermelha” que traça os limites para a negociação processual, identificada por aquelas normas que fixem normas cogentes.

Embora não seja possível identificar necessária correspondência entre os conceitos de norma cogente e de ordem pública (YARSHELL, 2016, v. 1, p. 83), estas últimas também são indicadas, por vezes, como concretizadoras do núcleo duro do devido processo legal, razão pela qual constituiriam limites ao autorregramento da vontade¹⁸⁷ (ATAÍDE JÚNIOR, 2016, v.

¹⁸⁵ Tal restrição contudo, deve ser vista com ponderação em relação àquelas limitações bilaterais e isonômicas, como defende o próprio Flávio Luiz Yarshell (2016, v. 1, p. 82), as quais não são, incondicional e necessariamente, inconstitucionais. Neste mister, já se expôs, também, a opinião de Antonio do Passo Cabral de que nem toda renúncia ou disposição de direitos fundamentais processuais deve ser considerada inválida (CABRAL, 2020, p. 222). A questão será mais bem analisada em momento oportuno, quando se tratar acerca da necessidade de garantia de um núcleo mínimo de tais direitos.

¹⁸⁶ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” (BRASIL, 1988).

¹⁸⁷ Criticamente a este respeito, Antonio do Passo Cabral sustenta a insuficiência do critério para a identificação dos limites objetivos para os negócios jurídicos processuais, mormente em razão do alto grau de imprecisão de seu conteúdo: “Em nossa opinião, trata-se de uma opção, *data venia*, fadada ao insucesso, e são muitas as razões para isso. Não é preciso deter-se muito no critério para verificar que, examinar a ordem pública pelas lentes da distinção entre norma cogente e dispositiva, ou pela hierarquia das normas (se são constitucionais ou não), ao invés de apontar para o conteúdo da ordem pública, remete o jurista a outros parâmetros vagos que também não tiveram sucesso na doutrina, como abordamos nos itens anteriores. Além disso, nem toda ofensa a normas cogentes representa uma ofensa à ordem pública, porque esta corresponde a um universo menor do que o conjunto das regras imperativas. [...] Por todo o exposto, não há uma clara compreensão a respeito da definição de ‘ordem pública’ ou de ‘ordem pública processual’, que encontra diversas acepções tanto no direito internacional quanto no direito interno e tem aplicação com pouco grau de certeza. Assim, na impossibilidade de identificar um conteúdo minimamente preciso para a ‘ordem pública processual’, a vagueza normativa do conceito torna-o inviável para servir como um bom limitador aos acordos processuais.” (CABRAL, 2020, p. 381 e 387). Para uma visão global sobre o tema da ordem pública, sobretudo acerca da necessidade de sua correta

1, 275 e 280). Fernando Gajardoni também colhe, no ordenamento jurídico, demais disposições normativas que invalidam as convenções cujo objeto venha a violar a ordem pública:

Aplica-se, aqui, a limitação constante tanto da *ei civil* (artigo 2.035, parágrafo único, CC) quando da Lei de Arbitragem (artigos 2.º, §1.º, e 21, §2ºm da Lei n.º 9.307/1996), no sentido de que são nulas as convenções cujo teor viole as garantias constitucionais do processo, os costumes e a ordem pública. Ordem pública que também é violada quando as partes, por exemplo, dispensam-se, reciprocamente, do dever de cooperação (artigo 6.º do CPC/2015), de boa-fé e de lealdade processual (artigos 5.º e 77 do CPC/2015), temas que também não podem ser convencionados pelas partes em vista da ilicitude de seu objeto. (GAJARODNI, 2015, p. 617)

Buscando fornecer balizas e métodos mais seguros para a efetiva verificação da licitude do objeto convencional, Antonio do Passo Cabral sugere que tais limites sejam avaliados em relação a duas perspectivas, as quais sistematiza entre limites gerais, aplicáveis como critério de validade para qualquer acordo processual, e específicos, relativos a apenas uma ou outra convenção em particular (CABRAL, 2020, p. 389).

Como primeiro limite geral à negociação processual, sustenta a impossibilidade de derrogação, pela via convencional, daquelas normas processuais as quais o ordenamento jurídico aponta como de reserva legal, tal como a previsão de tipos recursais (art. 994 do CPC¹⁸⁸) e o rol taxativo de hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento (art. 1.015 do CPC¹⁸⁹) (CABRAL, 2020, p. 389). Fredie Didier Jr. (2018, p. 38-39) compartilha do mesmo entendimento, exemplificando, ainda, com menção ao acordo sobre competência (art. 63 do CPC¹⁹⁰), o qual somente autoriza convenção acerca de competência relativa, além de se tratar de negócio processual típica e expressamente delimitado em lei, o que também afastaria maior

interpretação no direito processual civil, conferir a tese de doutorado de Ricardo de Carvalho Aprigliano (2010), “A ordem pública no direito processual civil.

¹⁸⁸ “Art. 994. São cabíveis os seguintes recursos: I - apelação; II - agravo de instrumento; III - agravo interno; IV - embargos de declaração; V - recurso ordinário; VI - recurso especial; VII - recurso extraordinário; VIII - agravo em recurso especial ou extraordinário; IX - embargos de divergência.” (BRASIL, 2015).

¹⁸⁹ “Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias; II - mérito do processo; III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica; V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI - exibição ou posse de documento ou coisa; VII - exclusão de litisconsorte; VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º ; [...]; XIII - outros casos expressamente referidos em lei. Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.” (BRASIL, 2015).

¹⁹⁰ “Art. 63. As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações.” (BRASIL, 2015).

ingerência das partes em seus contornos devido à clareza de definição de seu conteúdo (DIDIER JR., 2018, p. 38).

Como segundo limite geral, tem-se o CPC, em seu rol de normas fundamentais, erige a boa-fé e a cooperação processuais (arts. 5º e 6º do CPC) como princípios que condicionam o agir das partes, de forma que eventual convenção processual que venha a ser celebrada deve sê-lo com atenção a tais ditames (CABRAL, 2020, p. 391). Não são admissíveis, portanto, que negócios processuais sejam celebrados com dolo ou simulação, vez que patentemente contrários à boa-fé (CABRAL, 2020, p. 392), ou, mesmo, que tenham como objeto a dispensa dos deveres de cooperação e lealdade processuais (GAJARDONI, 2015, p. 617).

Também deve a licitude das convenções processuais ser balizada na garantia da isonomia e da igualdade de poderes entre as partes da convenção, com ênfase na proteção dos vulneráveis, conforme autoriza o próprio Parágrafo único do art. 190 do CPC (CABRAL, 2020, p. 392-395). Sugere, ainda, que, caso verificada a vulnerabilidade do sujeito, adote-se o critério de “resultado da negociação” (*outcome-base approach*) (CABRAL, 2020, p.402-404), a fim de se constatar se, mesmo que verificada a desigualdade intrínseca entre os convenientes, o resultado poderia beneficiar a parte vulnerável. Caso a resposta seja positiva, poder-se-ia considerar a convenção válida, invalidando-a, ao revés, se dela resultar qualquer prejuízo.

Como último limite geral, há a necessidade de vedação de transferência de externalidades das convenções processuais (CABRAL, 2020, p. 404), ou seja, transferindo a terceiros ou ao próprio poder judiciário os impactos econômicos da litigância (CABRAL, 2020, p. 405). A ocorrência de tal hipótese, sumariamente vedada, possui maior campo de verificação nos acordos procedimentais, uma vez considerada a possibilidade de virem a tornar o processo mais custoso, onerando indevidamente o aparato judicial (CABRAL, 2020, p. 405).

Porém, o autor propõe, no contexto dos limites específicos, um método de três etapas para a correta operacionalização e concretização da cláusula geral prevista no art. 190 do CPC, buscando, assim, um correto equacionamento dos limites internos e externos¹⁹¹ dos direitos fundamentais dos convenientes¹⁹², a fim de se descobrir qual a verdadeira “margem de

¹⁹¹ No caso, Antonio do Passo Cabral (2020, p. 408-409) parte da ponderação que nenhum direito é ilimitado em si mesmo, constatação essa concebida como o limite imanente ou interno dos direitos fundamentais; e que, concomitantemente, o exercício desse direito encontra seus limites externos na possível colisão com outros direitos fundamentais, o que também vem a impor restrições.

¹⁹² Repise-se, neste mister, a premissa já adotada pelo autor em ponto anterior de seu trabalho, no qual estabelece a necessária relação entre os negócios jurídicos processuais e a as possíveis autorrestrições que seu exercício impõe na esfera jurídica dos contratantes (CABRAL, 2020, p. 217-218). Em suma, sustenta que a atribuição de direitos às partes, mesmo que fundamentais, não implica seu exercício impositivo, de sorte que o seu titular pode delas renunciar ou dispor em certa medida (CABRAL, 2020, p. 218-219), sendo que a discussão deve se centrar

negociabilidade” da atuação de seu autorregramento da vontade (CABRAL, 2020, p. 408-409).

Na primeira etapa do método proposto, Cabral indica a necessidade de identificação das garantias processuais a serem afetadas pela convenção, ou seja, aqueles direitos fundamentais envolvidos no ato de disposição (CABRAL, 2020, p. 409). Tal identificação, contudo, pode vir a apresentar dificuldades, na medida em que, não necessariamente, se constatará na convenção uma única garantia potencialmente afetada, seja pelo amplo suporte fático dos direitos fundamentais envolvidos ou por falhas de análise da própria doutrina, a qual deixou de se atentar para a precisão conceitual das garantias em espécie (CABRAL, 2020, p. 409-410).

A segunda etapa parte, por sua vez, da constatação que o sistema de negociação processual brasileiro é híbrido, composto de acordos típicos e atípicos, entre os quais há necessidade de constante diálogo (CABRAL, 2020, p. 411-412), o qual se exige pela vagueza da cláusula geral do art. 190 do CPC; tal dispositivo pode reenviar o intérprete a outro ponto do ordenamento jurídico, seja para outra norma de conteúdo vago, ou mesmo para padrões legalmente tipificados (tipos jurídicos), oferecendo, estes últimos, importantes critérios para a concreção da cláusula geral de negociação processual (CABRAL, 2020, p. 107-108).

Assim, defende Antonio do Passo Cabral que, ao passo em que o art. 190 do CPC também oferece parâmetros gerais de controle das demais convenções processuais, também os tipos legais podem auxiliar na identificação de balizamentos e formas de controle de convenções atípicas semelhantes, mediante a utilização de “índices de tipos”, ou seja, com o enquadramento de um negócio atípico em dado “grupo convencional”, o que atrairia o regramento da convenção típica (CABRAL, 2020, p. 411-412):

Assim como os parâmetros gerais de controle do art. 190, parágrafo único, podem ser utilizados para qualquer acordo processual [...], o raciocínio tipológico pode ser útil para o controle das convenções atípicas à luz da formação e descrição de modelos típicos. De fato, a existência de acordos processuais típicos sinaliza para balizamentos que aquela prefiguração formal operada pelo legislador quis estabelecer. E, quando pensamos em parâmetros de controle, não se pode simplesmente desconsiderar o regramento das convenções típicas porque a existência de previsões legais expressas apontam possíveis barreiras à negociação processual pretendidas e implementadas expressamente pelo legislador.

Na aplicação de um sistema processual híbrido como o brasileiro, previdente de acordos típicos e atípicos, esse parâmetro de exame pode partir do

em identifica em que medida os direitos processuais fundamentais podem ser renunciados (CABRAL, 2020, p. 222). Conclui, assim, pela necessidade de se “equilibrar público e privado, disponibilidade e conteúdos normativos cogentes e inderrogáveis” (CABRAL, 2020, p. 234).

enquadramento dos negócios atípicos através do que já se denominou de “índices de tipo”, i.e., indicadores, mesmo laterais (não apenas os “elementos essenciais”), que permitem comparar e distinguir os tipos uns dos outros. Se um negócio atípico celebrado em concreto puder ser enquadrado em um grupo convencional que inclua um negócio tipicamente legislado, atrairá a sistemático do acordo típico. É possível ainda que os tipos se combinem em séries, unindo-se elementos de vários tipos para a regulação coerente e harmônica da situação concreta. (CABRAL, 2020, p. 411-412)

Lorena Miranda Santos Barreiros, no mesmo sentido, entende que as previsões normativas dos negócios processuais típicos, além de servirem a importante função de balizamento da licitude ou ilicitude dos negócios atípicos de objeto similar, também servem como parâmetro hermenêutico para a compreensão de várias questões da relacionadas com a cláusula geral contida no art. 190 do CPC, auxiliando na própria construção e compreensão de seu sentido (BARREIROS, 2016, p. 196-198).

Como terceira e última etapa do método proposto, Antonio do Passo Cabral diz que, identificada a garantia processual afetada pela convenção processual, deve-se buscar a delimitação de sua margem de disponibilidade, a fim de se constatar se a convenção atinge, de fato, o seu “âmbito de proteção intangível” ou “núcleo essencial” (CABRAL, 2020, p. 413).

Veja-se que, em estudo já afeito ao tema dos atos de disposição processual, mesmo antes da edição do atual CPC, Leonardo Greco (2007, p. 25-26) já defendia a possibilidade que as partes dispusessem acerca da marcha processual, convencendo acerca do procedimento, desde que fosse observada a proteção do “núcleo duro” ou “mínimo irreduzível” de princípios e garantias processuais que formam, a seu ver, a noção de ordem pública processual:

Assim, a prática de atos processuais pelas partes, sem a rigorosa observância dos requisitos estabelecidos pela lei é fato do cotidiano forense, que não prejudica a validade da maioria dos atos assim praticados, na medida em que sua finalidade foi atingida ou em que os requisitos inobservados não eram essenciais.

[...]

Se o vício do ato é uma mera irregularidade, ou seja, o descumprimento de um requisito meramente útil do ato, o juiz pode exigir que a parte o regularize, se for possível. Mas se o juiz não atentar para tão leve defeito até o final do processo, a prestação jurisdicional será plenamente válida e o vício estará plenamente sanado. Enfim, o juiz deve velar pelo núcleo duro de princípios e garantias que formam a ordem pública processual, aceitando que as partes disponham com liberdade sobre a marcha do processo, desde que respeitado esse mínimo irreduzível.

Convenções sobre o procedimento, dentro desses limites, devem ser acolhidas e respeitadas pelo juiz. (GRECO, 2007, p. 25-26)

Assim, o exercício da liberdade individual, o qual se exemplifica pela imposição de autorrestrições a situações jurídicas processuais de vantagem, deve ser balanceado e equilibrado em relação aos direitos processuais fundamentais, de sorte que estes não podem ser completamente abandonados, impondo aos convenientes o respeito ao seu núcleo de garantias mínimas (CABRAL, 2020, p. 414).

De forma interessante e completamente afeita ao objeto da presente dissertação, Cabral (2020, p. 415) faz menção à perspectiva adotada no direito obrigacional, no qual o princípio do equilíbrio contratual é invocado para a garantia de um núcleo mínimo de proteção à proporcionalidade das prestações contratadas. Assim, tal qual no direito obrigacional, eventuais renúncias ou atos de disposição de garantias processuais deve ser acompanhada de um benefício proporcional à situação processual renunciada, de forma que seria lícito o controle judicial sobre as convenções a fim de se evitar prejuízos intensamente desproporcionais, os quais, “no campo dos acordos processuais pode ser traduzido em redução a zero da garantia fundamental correlata” (CABRAL, 2020, p. 415).

Por exemplo, eventuais convenções processuais que venham a impor obstáculo intransponível para o acesso à justiça, ou que prorroguem excessivamente prazos processuais, a ponto de violar a razoável duração do processo, podem configurar exemplos de convenções inválidas e inadmissíveis, vez que a intensidade da perda de efetividade dos direitos fundamentais afetados é exacerbada (CABRAL, 2020, p. 416). Da mesma forma, seriam inválidas aquelas convenções relativas ao ônus probatório (art. 373, §3º, do CPC) que venham a atribuir prova diabólica para a parte ou acarretar excessiva dificuldade de sua produção, vez que afetariam substancialmente o princípio da ampla defesa (CABRAL, 2020, p. 418).

Para fins da presente dissertação, este último parâmetro se afigura como de extrema valia para fins de aferição da ocorrência ou não de excessiva onerosidade da convenção processual afetada por fato superveniente. Como já exposto anteriormente, a doutrina civilista nacional faz, comumente, referência ao agravamento do sacrifício econômico da parte prejudicada para a constatação, de forma objetiva, da ocorrência de excessiva onerosidade, conceito este que não é facilmente transponível para a realidade processual.

Contudo, após breve análise do objeto e dos limites propostos para a convencionalidade processual, percebe-se que, de uma forma ou outra, a celebração de acordos sobre procedimento ou sobre situações jurídicas processuais – especialmente nestas últimas - implica, em última instância, disposição, renúncia ou autorrestrição de seus próprios direitos (CABRAL, 2020, p. 220), sendo que a margem lícita de sua negociabilidade, assim como respeito às garantias processuais mínimas ou o núcleo essencial de seus direitos

(CABRAL, 2020, p. 408 e 418), fazem as vezes de parâmetro que pode ser, objetivamente, considerado na hipótese de desproporção superveniente da convenção processual.

Há de se aferir, portanto, não somente se o objeto da convenção processual, segundo os parâmetros adotados, era lícito quando de sua formação, mas, também, se a disposição ou renúncia processual não fora, supervenientemente, agravada, de forma a representar efetiva ofensa aos direitos processuais fundamentais além da margem de negociabilidade aceita.

5.3 A aplicação da resolução por onerosidade excessiva do Código Civil às convenções processuais prévias

Como já visto em capítulo dedicado ao tema, o Código Civil prevê, em seu art. 478, uma miríade de requisitos que devem estar presentes para que seja autorizada a resolução por onerosidade excessiva, dando tratamento mais complexo ao tema do que aquele adotado pelo CDC, em especial em seu art. 6º, V. Tal fato justifica, no momento, uma inversão da ordem de análise, de forma que se inicie pela aplicação da teoria do Código Civil em detrimento daquela do CDC, vez que os requisitos, após seu estudo mais aprofundado no contexto do direito civil, poderão ser aproveitados na análise consumerista.

Rememorando, são, essencialmente, quatro os requisitos positivos previstos no art. 478 do Código Civil para que seja autorizada a sua incidência: que os contratos sejam de execução continuada ou diferida; a ocorrência de um fato superveniente – “acontecimento” - extraordinário e imprevisível; que a prestação de uma das partes venha a se tornar excessivamente onerosa; e que, da onerosidade excessiva, advenha extrema vantagem para a contraparte (BRASIL, 2002). Tais requisitos já foram individualmente analisados no tópico 4.6.3.1, para o qual se remete.

5.3.1 As convenções processuais e o preenchimento do requisito do “contrato de execução continuada ou diferida”

Inicialmente, é importante frisar que, via de regra, a incidência da resolução por onerosidade excessiva encontrará maior campo de aplicação nas convenções processuais prévias, uma vez considerada a exigência de que exista um intervalo de tempo, ainda que curto, entre o momento da formação da convenção e o de sua execução (DIAS, 2017, p. 52), elemento essencial para que o seu conteúdo se sujeite à ocorrência de fatos supervenientes que causem o desequilíbrio funcional. Tratar-se-ia, pois, da espécie convencional que melhor se subsumiria à ampla noção de contrato de execução continuada ou diferida, considerando

que a celebração das convenções prévias será efetivada, ordinariamente, em cláusulas contratuais específicas dos instrumentos negociais de direito material (GAJARDONI, 2015, p. 621).

Assim, o objeto das convenções processuais prévias poderia ser claramente incluído no conceito de “contrato de execução diferida” exatamente por serem celebradas mesmo antes da instauração de eventual processo ou, ainda, do surgimento de qualquer controvérsia, sendo relativas, portanto, a um litígio ainda em estágio potencial (CABRAL, 2020, p. 95).

Sua execução, porém, seria condicionada à instauração do processo, oportunidade na qual deverá ser apresentada ao órgão judicial para fins de cumprimento, momento a partir do qual se torna eficaz (GAJARDONI, 2015, p. 621), salvo se tratar de hipótese que exija homologação judicial (art. 200 do CPC) ou tiverem sido convencionadas, expressamente, determinações inexas, tais como termo ou condição (BARREIROS, 2016, p. 277).

Não há de se esquecer, contudo, da proposta apresentada por Anderson Schreiber, já apresentada, pela qual sugere a substituição da análise estrutural e abstrata dos contratos de execução continuada ou diferida em favor de uma análise funcional e concreta, que leve em conta, por exemplo, eventual prolongamento acidental da execução de um contrato de execução originalmente instantânea (SCHREIBER, 2020, p. 304-305).

De fato, como também já expôs Antônio Pedro Medeiros dias (2017, p. 54), mais relevante do que a pactuação originária das partes acerca do momento de execução das prestações, é a estrutura contratual em sua forma definitiva, de forma a proteger contra o desequilíbrio superveniente também aqueles contratos cuja execução se desenvolva com diferimento, ainda que por razões externas e não imputáveis à conduta das partes.

Tal interpretação funcional do critério temporal de execução dos contratos deve ser aplicada, também, às convenções processuais em geral. Como forma de se evitar que se reproduza, na seara processual, as mesmas críticas já expostas se desenvolvidas pela doutrina civilista em relação à concepção abstrata e estrutural das espécies contratuais, há, de fato, que se considerar o momento da execução das convenções processuais em perspectiva funcional, em detrimento de uma análise estanque e repartida entre convenções processuais prévias ou incidentais.

Novamente, não se olvida aqui que, de fato, as convenções processuais prévias são a grande espécie de acordo processual que se sujeitará à aplicação da teoria da resolução por onerosidade excessiva, mormente pelo evidente lapso temporal entre sua celebração e a instauração do processo futuro e potencial; todavia, é possível que as convenções processuais

incidentais também se beneficiem de tal tutela jurídica, caso a sua celebração, ainda que se dê no curso do processo, tenha sua execução diferida para momento processual futuro.

É o exemplo a convenção sobre a distribuição do ônus da prova (art. 373, §3º e §4º, do CPC) que, celebrada na audiência prévia de tentativa de conciliação ou mediação (art. 334 do CPC), atribui, por exemplo, a realização de prova pericial (art. 464 do CPC) a encargo de uma das partes, a qual somente será executada em momento posterior. Em que pese se tratar de convenção incidental, pactuada no curso do próprio processo em que incidirá, tal classificação abstrata não é suficiente, por si só, para elidir o elemento funcional representado por sua execução em momento posterior, a qual, por excelência, também representa forma diferida de seu cumprimento.

Lembre-se, neste ponto, que não há exigência legal de que o lapso temporal existente entre a formação e a execução do contrato seja longo ou extremamente duradouro, admitindo-se que mesmo um intervalo curto (DIAS, 2017, p. 52) autoriza a incidência da teoria da onerosidade excessiva, desde que presentes os seus demais pressupostos.

Todavia, muito embora tal análise seja de importância ímpar para que não seja realizada mera transposição literal dos requisitos do art. 478 do CC para o contexto das convenções processuais, há de se ponderar que a possibilidade de ocorrência de fato superveniente capaz de tornar desproporcional a convenção originalmente pactuada é muito maior nas convenções de natureza antecedente, pré-processual ou prévia, mormente pela maior possibilidade de atuação dos efeitos do tempo entre os momentos de sua formação e execução.

5.3.2 A aferição objetiva do desequilíbrio superveniente das convenções processuais: o agravamento da disposição, renúncia ou autorrestrrição originalmente pactuada e a consequente redução a zero da garantia processual correlata

Mais complexa, contudo, é a análise afeita à constatação da efetiva ocorrência, ou não, do desequilíbrio da convenção processual, na medida em que o Código Civil, diferentemente do CDC, não elegeu apenas o requisito da onerosidade excessiva como demonstrativo de sua ocorrência, como também conjugou e vinculou sua presença com os adjetivos causais da “imprevisibilidade e extraordinariedade” do fato superveniente que dá causa à desproporção.

Neste mister, já se expôs que são inúmeras as críticas à construção teórica adotada pelo Código Civil, inclusive com a existência de autores, tal como Álvaro Villaça de Azevedo (2003, p. 40), que sustentam o equívoco da inclusão da noção de “imprevisibilidade” na teoria

da resolução por onerosidade excessiva. Trata-se de critério excessivamente subjetivo, cuja interpretação, além de desprovida de critérios seguros de balizamento, muda ao sabor do julgador, de forma que “não se afigura apenas aleatório e seus resultados, mas também arbitrário no seu conteúdo” (SCHREIBER, 2020, p. 255).

E não é só. Conforme já demonstrou Anderson Schreiber (2020, p. 255), a discussão acerca da imprevisibilidade e da extraordinariedade do fato superveniente, no mais das vezes, acaba por obstar que o tema desequilíbrio contratual propriamente dito seja enfrentado pelos Tribunais. Diante da relação causal normativamente estabelecida entre o fato superveniente e a consequente desproporção contratual, a ausência do primeiro implica o não enfrentamento do segundo:

Toda essa discussão, que perdura por anos a fio em cada caso concreto, impossibilitando ou dificultando em demasia a retomada da relação contratual, parece imensamente distante do problema inicial submetido ao Poder Judiciário. O desequilíbrio do contrato específico acaba não apenas ficando em segundo plano, mas, muitas vezes, ne sequer chega a ser examinado, tendo em vista que, ao entender pela ausência do fato imprevisível e extraordinário, a análise dos seus efeitos sobre a relação contratual resta logicamente prejudicada. (SCHREIBER, 2020, p. 255)

Ademais, em se tratando de tema incipiente como a tutela do desequilíbrio superveniente das convenções processuais, a limitação ou o excessivo apego da discussão em torno do fato imprevisível e extraordinário parece pouco produtora, vez que, além de incorrer no mesmo problema identificado por Schreiber, relegando a segundo plano a aferição do desequilíbrio objetivamente considerado, também há certo ceticismo acerca da real possibilidade de se contribuir aqui, em qualquer grau, para a melhor delimitação do que seria, de fato, imprevisível e extraordinário, sendo que nem mesmo a doutrina civil atingiu, até hoje, consenso a seu respeito.

Ao revés, o maior ponto de interesse sobre o tema reside, em verdade, no próprio enfrentamento do desequilíbrio convencional, especialmente após a constatação da impossibilidade de transposição automática de conceitos tais como o da “onerosidade excessiva”, expressão adotada pelo legislador pátrio para fins de identificação objetiva da desproporção entre prestações contratuais, para aplicação sobre seu objeto.

Por tal razão, e para fins da presente análise, adota-se na presente dissertação a proposta interpretativa delineada por Anderson Schreiber (2020, p. 251-268), o qual sugere o deslocamento da centralidade da imprevisibilidade e da extraordinariedade do fato superveniente para a centralidade do desequilíbrio em si. Uma vez aferido, de forma objetiva, a ocorrência do desequilíbrio contratual, passa-se a presumir a imprevisibilidade e a

extraordinariedade do fato superveniente, pois, salvo assunção expressa de risco – a qual, por si só, afasta a incidência da teoria da onerosidade excessiva -, não há de se considerar que os contratantes celebrem contratos visando drásticas alterações de seu conteúdo ao longo da duração do negócio:

Em outras palavras: se o desequilíbrio do contrato é exorbitante, isso por si só deve fazer presumir a imprevisibilidade e extraordinariedade dos antecedentes causais que conduziram ao desequilíbrio. O que se afigura indispensável à atuação da ordem jurídica é que o desequilíbrio seja suficientemente grave, afetando fundamentalmente o sacrifício econômico representado pelas obrigações assumidas. Uma alteração drástica e intensa desse sacrifício recai presumidamente sob o rótulo da imprevisibilidade e extraordinariedade, pois é de se assumir que os contratantes não celebram contratos vislumbrando tamanha modificação do equilíbrio contratual; se tivessem vislumbrado, poderiam ter disposto sobre o tema, para lhe negar efeitos por força de alguma razão inerente ao escopo perseguido com aquele específico contrato (v.g., deliberada assunção de risco por uma das partes). Os contratantes sujeitam-se, por essa razão, à presunção de que não anteciparam a possibilidade de manifesto desequilíbrio – presunção, em uma palavra, de imprevisão -, pela simples razão de que se espera que as partes procurem ingressar em relações contratuais equilibradas. (SCHREIBER, 2020, p. 263)

O deslocamento do foco interpretativo do art. 478 para a onerosidade excessiva possui o condão, ainda, de privilegiar o próprio princípio do equilíbrio contratual, o qual também encontra aplicação nas convenções processuais. De fato, referido princípio preza pela realização, na maior medida possível, do equilíbrio objetivo entre as prestações, sendo elemento estranho ao seu objeto a desmedida ênfase conferida em requisitos excessivamente voluntaristas, cujo conteúdo acaba por remeter toda a discussão para o acordo de vontades inicialmente pactuado entre as partes.

Superado este aspecto, justifica-se que a análise do presente tópico se atenha, doravante, à aferição objetiva da perturbação funcional das convenções processuais prévias, a qual, por disposição normativa do Código Civil, se dá pela aplicação do requisito da onerosidade excessiva.

Classicamente compreendido como a excessiva dificuldade em se executar dada prestação (GOMES, 2007, p. 214), o conceito indica a quebra do sinalagma contratual, cuja desproporção resultante no âmago do contrato pode assumir diversas feições, desde o desequilíbrio entre prestação e contraprestação, seja mediante diminuição substancial da contraprestação a ser recebida – o *svilimento* da contraprestação (MARTINS-COSTA, 2005, v. 5, t. 1, p. 305) -, seja mediante o acréscimo substancial do ônus econômico suportado pela parte para que se desobrigue da prestação a ser executada.

Em relação a esta última roupagem da onerosidade excessiva, subdivide-se o desequilíbrio superveniente, ainda, em horizontal, quando há o agravamento do sacrifício econômico imposto ao contratante no tempo, verificado mediante comparação entre os momentos de formação e execução do contrato, e vertical, evidenciado pela desproporção entre o benefício e obtido e o sacrifício suportado, quando feita comparação entre direitos e obrigações recíprocos que compõem o contrato (SCHREIBER, 2020, p. 282).

Embora todas estas modalidades de desequilíbrio sejam aplicáveis, em abstrato, às convenções processuais, imagina-se que a hipótese mais comum a ser verificada em concreto será a do desequilíbrio contratual horizontal, representada pelo agravamento do sacrifício suportado pelo conveniente ao longo do tempo, ou seja, mediante comparação do sacrifício imposto entre os momentos de formação da convenção e o de sua execução, e não necessariamente pela comparação entre prestação e contraprestação.

Explica-se: como já visto anteriormente, muito embora não se possa negar a existência de contratos processuais¹⁹³, a noção transmitida pelo termo expressa a existência de vontades contrapostas, enquanto que o conceito de convenção é adotado pela doutrina como mais amplo e adequado para explicar o fenômeno da negociação processual, vez que representa a convergência de interesses e vontades em direção a um interesse comum (GAJARDONI, 2015, p. 615).

No mesmo sentido, Antonio do Passo Cabral afirma que a noção de contrato transparece uma ideologia essencialmente patrimonialista e associado à criação de obrigações para as partes, e, embora não seja possível se negar a existência de contratos processuais, que contenham natureza patrimonial e veiculando interesses opostos – exemplificando como aqueles negócios processuais relativos à distribuição de custos processuais -, o conceito acaba sendo restritivo quando comparado com a ampla noção de “convenção”, a qual exhibe escopos convergentes entre as partes e, não necessariamente, cria uma relação de crédito e débito entre os convenientes (CABRAL, 2020, p. 70-72).

Dito isto, a aferição *in concreto* da onerosidade excessiva se faz, diante da inexistência de parâmetro expressa no Código Civil, mediante recurso à extrapolação da álea normal do contrato, “estabelecida pelo sinalagma ligado ao tipo ou convencionado pelas partes”

¹⁹³ De fato, a comparação global entre a totalidade de benefícios e sacrifícios decorrente de um instrumento negocial, cujo conteúdo pode ser composto tanto de negócios materiais quanto processuais, é indicada pela doutrina como a melhor forma de se compreender o fenômeno do equilíbrio contratual (SCHREIBER, 2020, p. 72). Assim, não haveria de se negar a lógica de incidência do desequilíbrio vertical a uma convenção processual, especialmente quando verificada a totalidade dos deveres e obrigações que componham um dado instrumento negocial. Todavia, tal hipótese se trata de situação hipercomplexa e que, além de escapar aos limites da presente, exige melhor análise do instrumento desequilibrado em concreto, fora de mera abstração doutrinária e teórica, sob pena de se tornar impossível a tarefa de se equacionar a totalidade de variáveis aplicáveis ao caso observado.

(MARTINS-COSTA; COSTA E SILVA, 2020, p. 219-220), com referência, também, aos valores objetivamente praticados em um mercado regulado, bem como às suas variações habituais de preço (SCHREIBER, 2020, p. 288), os quais devem ser considerados em conjunto com as legítimas expectativas das partes contratantes, respeitando a alocação de riscos inseridos na álea assumida pelas partes (DIAS, 2017, p. 86-87).

Já se constatou que as convenções processuais não podem, via de regra, ser precificadas – salvo aquelas convenções cujo objeto trate, essencialmente, de redistribuição de custos processuais –, razão pela qual a aplicação do critério “valores de mercado e suas flutuações habituais” não é, em geral, aplicável às convenções processuais; contudo, os critérios da “álea normal da convenção” e do “agravamento do sacrifício suportado pela parte”, quando considerado em conjunto com os limites aceitos para a licitude do objeto da negociação processual – no caso, o respeito ao núcleo essencial ou mínimo de garantias processuais –, podem oferecer critério satisfatório para que seja evidenciada a ocorrência de excessiva onerosidade de uma convenção processual.

Como visto no tópico 5.2, a proposta de metodológica de Antonio do Passo Cabral para verificação de licitude de determinada convenção processual perpassa três etapas, dentre as quais se destacam, aqui, a primeira, referente à identificação das garantias processuais afetadas pela convenção (CABRAL, 2020, p. 409-410), e a terceira, a qual protege o núcleo essencial dos direitos fundamentais processuais mediante a invalidação daquelas convenções que impliquem “renúncia absoluta e incondicional às garantias fundamentais do processo” e “redução a zero da garantia fundamental correlata” à convenção processual (CABRAL, 2020, p. 414-415).

No caso, a verificação da ocorrência de excessiva onerosidade de uma convenção processual deve, pois, decorrer do agravamento do sacrifício imposto ao conveniente, tal como o critério adotado no direito civil, com a especificidade de que tal agravamento não será relacionado a um sacrifício econômico, mas a um sacrifício que importe aprofundamento da intensidade em que a garantia processual do conveniente é afetada. Se a negociação processual implica, possivelmente, em uma restrição de seus próprios direitos (CABRAL, 2020, p. 220), seja por sua disposição, renúncia ou autorrestrição, é o agravamento de tal restrição, de forma desproporcional, que indicará a ocorrência da excessiva onerosidade.

Não se trata, porém, de qualquer intensificação da restrição de direitos operada pela convenção processual que resultará no direito de pleitear a resolução do negócio pela teoria da onerosidade excessiva; em verdade, também aqui há de se respeitar a alocação de risco querida pelas partes, a qual vem a integrar a álea normal do contrato e deve ser suportada

pelas partes. É o caso, por exemplo, da convenção probatória que, muito embora não torne excessivamente difícil para a parte o exercício do direito (art. 373, §3º, II, do CPC), faz com que a parte tenha de suportar eventual risco de não conseguir se desincumbir do ônus a si atribuído, o qual, caso venha a se concretizar, deve ser suportado pela parte.

Porém, quando o fato superveniente causar tamanho aprofundamento do sacrifício inicialmente suportado pela parte ao restringir seus direitos, que tal intensificação venha a afetar o núcleo essencial ou a garantia mínima protegida dos direitos processuais, estar-se-á, assim, diante de autêntica hipótese de onerosidade excessiva de uma convenção processual.

Veja-se que a álea normal do contrato impõe a aceitação e a assunção, pela parte, dos riscos advindos daquele contrato; a extrapolação desta álea, contudo, foge à alocação de riscos realizada pelas partes e configura excessiva onerosidade, autorizando a resolução pelo art. 478 do CPC, diante do claro desequilíbrio contratual superveniente:

É bem verdade que, embora o silêncio da lei da letra do Código Civil na referência à álea normal, por construção doutrinária e jurisprudencial, entende-se que a onerosidade é tida por excessiva quando ultrapassa a álea normal do contrato – já que o conceito de álea excessiva está vinculada aos riscos alocados no tipo contratual. A onerosidade é irrelevante se estiver dentro da álea normal do contrato, pois, nesse caso, estará na área de risco atribuída ao devedor por força do contrato. (MARTINS-COSTA; COSTA E SILVA, 2020, p. 215).

Da mesma forma nas convenções processuais, em que pese a necessidade da aceitação dos riscos advindos da negociação processual – a álea normal da convenção –, esta mesma álea se torna excessiva e, portanto, inaceitável, quando atinge o núcleo intangível e protegidos dos direitos processuais fundamentais. Tratando-se, pois, tal limite de baliza aplicável como critério de aferição da própria licitude do objeto da convenção processual, não há de se admitir, pois, que eventual fato superveniente venha a acarretar prejuízo a estas mesmas garantias processuais mínimas.

De certo modo, tal critério de aferição da ocorrência de onerosidade excessiva nas convenções processuais se aproxima de uma “ilicitude superveniente” do objeto do negócio processual (art. 104, II, do CC). O exemplo das convenções probatórias é, novamente, útil, e é utilizado por Antonio do Passo Cabral para demonstrar a invalidade de convenção que venha a impor prova diabólica para a contraparte:

O parâmetro das garantias mínimas também justifica a invalidade de acordos probatórios que modifiquem as regras legais ao ponto de gerar prova diabólica. Nesse sentido, por exemplo, uma renúncia ampla e irrestrita a qualquer meio de prova limita em excesso o princípio da ampla defesa, impedindo que a parte possa demonstrar suas hipóteses fáticas. (CABRAL, 2020, p. 418)

Referido raciocínio também se aplica para a demonstração do desequilíbrio superveniente de uma convenção processual sobre ônus probatório: a convenção, embora contenha, inicialmente, objeto lícito e válido, pactuado em estrita atenção às vedações impostos pelo art. 373, §3º, do CPC, se torna excessivamente onerosa na medida em que seu objeto, por decorrência de fato superveniente, passa a atribuir à parte ônus de prova diabólica, o que contraria parâmetro básico de licitude dos objetos das convenções processuais, e não pode, simplesmente, ser aceito como se fosse abarcado pelos riscos ínsitos à convenção probatória.

Em uma primeira análise, a incidência de onerosidade excessiva aparenta ser mais provável naqueles acordos que versem a respeito de situações jurídicas processuais das partes; contudo, não há impossibilidade, também, de que se verifique excessiva onerosidade nos acordos sobre procedimento, especialmente quando a flexibilização voluntária do rito puder acarretar grave prejuízo a garantia processual fundamental da parte, e que tal prejuízo seja efetivamente concretizado pela alteração superveniente das circunstâncias.

Parece plenamente possível, assim, a utilização dos critérios da álea normal do contrato e do agravamento dos sacrifícios suportados pela parte, em interpretação combinada com os parâmetros de aferição de licitude do objeto da convenção processual – vedando-se, assim, que seja reduzida a zero da garantia fundamental correlata à convenção processual -, evidenciar excessiva onerosidade da convenção processual afetada pelo desequilíbrio contratual superveniente.

5.3.3 A onerosidade excessiva das convenções processuais e a extrema vantagem da contraparte

A inclusão do requisito da “extrema vantagem” no art. 478 do CC, como já visto, se trata de inovação do legislador brasileiro em relação à sua inspiração de origem italiana, o que levou a doutrina nacional a direcionar fortes críticas ao elemento normativo, além de passar a buscar alternativas interpretativas para o requisito que perpassam as sugestões de que seja simplesmente desprezado (RENNER, 2007, p. 326-327), considerado enquanto elemento accidental da onerosidade excessiva (RODRIGUES JUNIOR, 2006, p. 145 e 165) ou, mesmo, que tenha sua presença presumida, mediante redução teleológica do art. 478 do CC (MARTINS-COSTA; COSTA E SILVA, 2020, p. 240).

Tal qual na doutrina civilista, as mesmas críticas cabíveis à figura da “extrema vantagem” também são aplicáveis no contexto das convenções processuais, se tratando de elemento capaz de restringir, em grande medida, a tutela do desequilíbrio superveniente, e

mesmo de cancelar a manutenção do negócio maculado pela desproporção; neste mesmo sentido, com razão Rafael Renner (2007, p. 326), ao alertar para o risco de ruína da parte onerada, a qual não logrará a resolução contratual pela simples ausência do lucro excessivo da parte contrária, ainda que o desequilíbrio objetivo seja, de fato, existente.

Em relação ao objeto das convenções processuais, tal risco de “ruína”, no caso traduzido como um prejuízo gravíssimo aos direitos processuais fundamentais, é ainda mais evidente, vez da onerosidade excessiva resultará, como já visto, na redução a zero das garantias processuais mínimas do conveniente. A manutenção da convenção, assim, ainda que inexistente “extrema vantagem” para a contraparte, tratar-se-ia de negativa geral de toda a sistemática dos direitos processuais fundamentais das partes, com a subversão da ordem constitucional vigente em razão da simplesmente manutenção de uma convenção processual. Cabível, aqui, o mesmo alerta feito por Fernando Gajardoni ao sustentar a inviabilidade da celebração de negócios processuais sobre as situações jurídicas do Estado ou do juiz, sob pena de regresso ao já superado privatismo processual:

Permitir que as partes controlem integralmente a relação jurídica processual é regressar ao tempo do privatismo processual; é renunciar às centenas de anos de desenvolvimento da ciência processual como ramo do direito público; é inaugurar uma fase de pamprocessualismo, de anarquia ou libertinagem processual, algo que não parece, ne de longe, a intenção do legislador brasileiro. Não se trata, por evidente, de uma interpretação hiperpublicista (como sustentam alguns), ou de uma forma de ver com olhos no passado algo que é completamente novo. Trata-se, sim, de uma interpretação realista do novo instituto, inclusive à luz da própria disposição legal que rege a matéria. (GAJARDONI, 2015, p. 627)

A mesma lógica se aplica ao requisito da “extrema vantagem”, o qual não pode ser objeto de interpretação tendente a ratificar prejuízos aos direitos processuais fundamentais dos convenientes afetados pela onerosidade excessiva, sob a justificativa formal de mero apego à literalidade do art. 478 do CC. Da mesma forma, aplicáveis as críticas de Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva (2020, p. 217-218), na medida em que demonstram que a lógica binária de que do desequilíbrio resultará “perda de um lado, e o ganho, de outro” (MARTINS-COSTA; COSTA E SILVA, 2020, p. 217) nem sempre se aplicará, em especial quando considerado que a convergência de vontade das partes, representada pela figura da convenção, é mais ampla do que a relação de “débito e crédito” dos contratos em geral.

Todavia, o requisito também não pode ser sumariamente ignorado, sob pena de interpretação *contra legem* do art. 478 do CC. Parece, assim, que a proposta de redução teleológica do dispositivo, tal como defendem Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva (2020, p. 240), se afigura como a melhor interpretação do requisito. De fato, não se suprime o

elemento da “extrema vantagem”, mas, caso esta não decorra, necessariamente, da onerosidade excessiva, sua presença pode ser presumida.

Esta interpretação é plenamente aplicável às convenções processuais maculadas por excessiva onerosidade. De fato, há casos em que do prejuízo às garantias processuais mínimas da parte prejudicada resultaram, incontestavelmente, benefícios evidentes à contraparte, tal como nas hipóteses em que a garantia fundamental afetada implique na imposição de obstáculo intransponível ao acesso à justiça (CABRAL, 2020, p. 416) ou na limitação do exercício da ampla defesa (CABRAL, 2020, p. 418) da parte prejudicada.

Todavia, em casos menos evidentes, ainda que não se verifique a extrema vantagem decorrente do prejuízo sofrido pela parte afetada, as garantias processuais mínimas da parte mesmo assim serão afetadas, o que, por si só, torna o objeto da convenção ilícito e merecedor de invalidação judicial, razão pela qual a presunção da “extrema vantagem” deve ser invocada, para fins de se viabilizar a resolução da convenção.

5.3.4 Os requisitos negativos para a aplicação da resolução por onerosidade excessiva às convenções processuais

Tal como na aplicação comum da resolução por onerosidade excessiva aos contratos de direito civil, aplicam-se às convenções processuais os mesmos requisitos negativos para a incidência do art. 478 do CC: a não imputabilidade do fato superveniente à conduta do devedor que pretende se valer da resolução por onerosidade excessiva (DIAS, 2017, p. 94-95); que a onerosidade excessiva decorrente não seja englobada dentro dos riscos que compõem a álea normal do contrato (SCHUNCK, 2010, p. 101-102); e que a parte que invoca o art. 478 do CC não esteja em mora quando da ocorrência do fato superveniente.

De forma geral, referidos requisitos prescindem de grandes adaptações para sua aplicação às convenções processuais. A não imputabilidade do fato superveniente à conduta das partes se trata de corolário lógico da boa-fé objetiva, a qual pauta o comportamento das partes tanto pelo regramento de ordem material (art. 422 do CC) quanto que processual (art. 5º do CPC), não se admitindo que a parte culpada pelo fato superveniente pretenda se beneficiar da própria torpeza.

Por outro lado, a extrapolação da álea normal da convenção, como já visto em tópico anterior, trata-se de pressuposto intimamente vinculado com o próprio requisito positivo da excessiva onerosidade, cuja presença se verifica, exatamente, quando há a extrapolação daqueles riscos legitimamente esperados, ou mesmo pactuados, pelas partes.

A inexistência da mora da parte que invoca o art. 478 do CC deve, contudo, ser objeto de análise mais cuidadosa pelas partes. Isto pois as convenções processuais, especialmente aquelas de caráter prévio, devem ser apresentadas ao órgão judicial para que sejam consideradas eficazes em relação ao processo (GAJARDONI, 2015, p. 621), o que coloca algumas dúvidas relativas à forma da constituição em mora do conveniente que descumpra a convenção.

Neste ponto, imagina-se dois exemplos: uma convenção acerca da não interposição de recurso; e uma convenção que impõem a necessidade de as partes se submeterem à mediação antes da propositura do processo judicial. Na primeira hipótese, e se valendo do mesmo exemplo, Fernando Gajardoni (2015, p. 631-632) afirma que, com o descumprimento da convenção, cabe à parte prejudicada se manifestar no processo, sob pena de se presumir a renúncia dos convenientes ao negócio jurídico processual¹⁹⁴:

Havendo, contudo, descumprimento da convenção válida pelas partes ou pelo Estado-Juiz, razoável, diante da capacidade delas e da natureza do direito em debate (autocomponível), que o reconhecimento da violação só se dê – mais uma vez com base no parâmetro da arbitragem (artigo 337, §5º, do CPC/2015) – mediante provocação do interessado, e não de ofício (Enunciado nº 252 do FPPC). Pensa-se, inclusive, na primeira oportunidade de a parte interessada se manifestar no processo. Nada sendo manifestado pelas partes a respeito da contrariedade à convenção, presume-se que renunciaram a ela, consequentemente: a) não sendo possível a arguição de nulidade oportunamente; e b) seguindo o processo conforme as regras procedimentais e sobre situações jurídicas previstas em lei. Exemplificativa, havendo convenção de não cabimento de recurso e sendo ele interposto pela parte, competirá ao adverso, em contrarrazões, alegar o não cabimento por conta da convenção; nada alegado, processa-se regularmente o recurso. (GAJARDONI, 2015, p. 631-632)

Pensa-se que o mesmo raciocínio é aplicável às convenções prévias que imponham a prática de um ato anterior ao início do processo judicial, tal como a submissão das partes a tentativa de mediação ou conciliação: a parte prejudicada pelo descumprimento deve, na primeira oportunidade processual, se manifestar acerca da convenção, requerendo, desde logo, sua observância, sob pena de presunção de renúncia a seu conteúdo.

Veja-se, portanto, que a manifestação da parte prejudicada pelo descumprimento da convenção processual sempre será importante para a constituição da parte “inadimplente” em

¹⁹⁴ Em sentido similar, Antonio do Passo Cabral (2020, p. 300-301) sustenta que as convenções sobre prerrogativas processuais dos convenientes podem ser conhecidas mediante exceção processual da parte interessada. Assim, defende, ainda, a impossibilidade de seu conhecimento de ofício pelo magistrado, sendo lícito que as partes renunciem à aplicação da norma convencional em favor da legal, ou, mesmo, que a omissão de invocar a convenção processual implica em preclusão, o que também afastaria a convenção em favor do dispositivo legal. Defende, porém, que os acordos procedimentais poderiam ser conhecidos de ofício, de forma que a manifestação das partes direcionada ao pleito de sua observância se trataria de objeção processual, cuja função seria a de “lembrete” ou “advertência” (CABRAL, 2020, p. 301).

mora – mesmo que o seu descumprimento ocorresse em relação a convenção com expressa previsão de termo¹⁹⁵, sob pena da incidência da presunção de renúncia ao seu conteúdo – e produção de prova a seu respeito.

5.3.5 A forma e o momento do controle da onerosidade excessiva das convenções processuais: a possibilidade de tutela do equilíbrio convencional pela propositura de processo autônomo ou pelo controle incidental da licitude de seu objeto

De forma geral, uma vez realizadas as devidas compatibilizações entre os requisitos do art. 478 do CC e as particularidades das convenções processuais, inexistem outros óbices para aplicação, neste contexto, da resolução por onerosidade excessiva tal como delineada pelo Código Civil.

É possível, portanto, que o convenente prejudicado pelo desequilíbrio convencional superveniente busque a resolução judicial do acordo (art. 478) – inclusive com a faculdade de que lhe seja ofertada a modificação equitativa das condições da convenção (art. 479 do CC -, ou, em se tratando de negócio jurídico processual unilateral¹⁹⁶, que busque, desde logo, a redução de sua prestação ou que seja alterado o modo de sua execução (art. 480 do CC), a fim de se evitar a onerosidade excessiva.

Ademais, em se admitindo a tese, amplamente aceita na doutrina, de que o art. 317 do CC seria aplicável a todas as modalidades obrigacionais, e não somente àquelas de caráter pecuniário (LOTUFO, 2003, v. 2, p. 228-229), ter-se-ia, ainda, a autorização de que, em quaisquer das hipóteses de constatação da ocorrência do desequilíbrio superveniente, seja incidente sobre negócios processuais uni ou plurilaterais, o convenente prejudicado buscasse a revisão do acordo.

Todas estas possibilidades, textualmente previstas em lei, não parecem, contudo, esgotar todas formas de controle da convenção processual que venha a se tornar desequilibrada, ou mesmo todos os momentos processuais em que tal controle pode ser invocado.

O critério adotado na presente dissertação para a verificação do desequilíbrio contratual superveniente da convenção é evidenciado pela alteração que venha a acarretar prejuízo ao núcleo intangível das garantias processuais das partes – essencialmente a reduzindo a zero (CABRAL, 2020, p. 415) -, consequência direta do agravamento do ato de

¹⁹⁵ “Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.” (BRASIL, 2002).

¹⁹⁶ Tais como a desistência do recurso (art. 998 do CPC) e a renúncia ao recurso (art. 999 do CPC) (GAJARDONI, 2015, p. 615).

disposição, renúncia ou autorrestrrição do conveniente. Trata-se, como já exposto, de hipótese que se aproxima de verdadeira “ilicitude superveniente” do objeto da convenção, contrariando requisito básico de validade de qualquer negócio jurídico no ordenamento brasileiro (art. 104, II, do CC).

Em que pese a dicção do parágrafo único do art. 190 do CPC, o qual dispõe que a recusa da aplicação das convenções processuais será cabível, tão somente, “nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade” (BRASIL, 2015), certo é que o controle dos requisitos de validade dos negócios processuais pode ser deflagrado de ofício pelo órgão judicial quando dizer respeito à respeito da capacidade das partes, à “ilicitude, impossibilidade, imprecisão ou indeterminabilidade do objeto” (BARREIROS, 2016, p. 271), à inobservância de forma prevista em lei, dentre outras situações. Em tais hipóteses, o controle da validade da convenção processual será realizado incidentalmente pelo juiz, nos autos do próprio processo relacionada com a convenção:

O controle do negócio processual feito pelo magistrado de ofício será realizado incidentalmente nos autos do processo a que se refira o negócio processual examinado. O mesmo se diga quando esse controle, embora pudesse ter sido feito oficiosamente, decorreu de iniciativa da parte prejudicada. Faltaria à parte interesse de agir na propositura da demanda autônoma nesse caso, podendo valer-se de objeção processual, invocando a nulidade em simples petição. (BARREIROS, 2016, p. 271)

Tal controle incidental da licitude – e consequente validade – do objeto das convenções processuais deve, também, ser aplicável na hipótese de verificação de desequilíbrio superveniente das convenções processuais. Se a onerosidade excessiva das convenções processuais, como já exposto, implica na ilicitude superveniente de seu objeto, há o desaparecimento superveniente de condição geral de validade do negócio jurídico processual (art. 104, II, do CC), o que atrai, por sua vez, a cognoscibilidade de ofício da matéria e a possibilidade de controle judicial do ato.

Assim, não é condição *sine qua non* para a resolução da convenção processual desequilibrada a existência de processo cuja pretensão última seja a resolução do acordo (art. 478 do CC), sendo possível que sua aplicação seja recusada, incidentalmente, por controle judicial sobre requisito de válida da convenção.

Restam claras, assim, as possibilidades postas à disposição da parte prejudicada pelo desequilíbrio superveniente da convenção processual. A primeira consiste em deflagrar a tutela do equilíbrio convencional mediante propositura da competente ação judicial, a fim de

ver a avença resolvida ou revisada (arts. 317, 478 e 480 do CC) antes mesmo da propositura do processo em relação ao qual a convenção processual se referiria.

Tal forma de controle, embora exija a propositura de processo autônomo, possui o benefício de expurgar a convenção processual de seu desequilíbrio antes mesmo do momento em que deva ser invocada. É plenamente possível, pois, que inexistia litúgio entre as partes, de sorte que a propositura de eventual processo judicial para dirimir as controvérsias afeitas ao direito material sequer esteja em vista, porém a alteração superveniente das circunstâncias pode recomendar que a convenção maculada seja, desde logo, resolvida ou revisada.

Por sua vez, caso o processo a que faz referência a convenção processual já tenha sido instaurado, a parte prejudicada deve invocar o controle incidental da convenção desequilibrada no momento de sua apresentação, justificando, com base no art. 478 do CC, a presença da excessiva onerosidade e a consequente ilicitude de seu objeto.

Conclui-se, portanto, que as formas de controle da onerosidade excessiva das convenções processuais são mais amplas do que as dos negócios jurídicos de direito material, posto que, muito embora o regime de sua aferição seja o mesmo (arts. 478 a 480 do CC), a onerosidade excessiva das convenções processuais acaba por afetar a própria licitude de seu objeto, autorizando o controle judicial e a consequente recusa de sua aplicação.

5.4 A aplicação da resolução por onerosidade excessiva do Código de Defesa do Consumidor às convenções processuais prévias

Quando comparado com o Código Civil, o regime do desequilíbrio contratual superveniente adotado pelo CDC possui, como já visto, manuseio significativamente mais simples, na medida em que requisitos tais como os do “fato imprevisível e extraordinário” e da “extrema vantagem” não estão presentes, contando, apenas, com o elemento objetivo da onerosidade excessiva (art. 6º, V, do CDC).

Aproveita-se, assim, em relação ao CDC, as análises já conduzidas no tópico antecedente, especialmente aquelas relacionadas com o requisito de contrato de execução continuada ou diferida, com a forma de aferição da onerosidade excessiva - tomando-se, para tanto, o parâmetro da proteção às garantias processuais mínimas -, e com os demais requisitos negativos já explorados. Da mesma forma, são aplicáveis as análises referentes ao momento e a forma de controle do desequilíbrio superveniente das convenções processuais, seja mediante propositura de processo autônomo ou por seu controle incidental pelo juiz.

A especificidades do CDC, contudo, residem no próprio contexto protetivo em que o regime contratual das relações de consumo está inserido. Embora não seja possível reputar

como automaticamente inválidas quaisquer convenções processuais inseridas em contratos de consumo (CABRAL, 2020, p. 396-402), certo é que a margem de negociabilidade dos negócios processuais, em tais casos, é significativamente reduzido em relação ao regime geral de contratação do Código Civil.

Isto pois, como já se estudou em tópico dedicado ao tema (3.3.1), os limites da autonomia privada são redimensionados no contexto consumerista, os quais passam a ser balizados por inúmeras normas imperativas e cogentes (MARQUES, 2016, p. 217-219), característica ínsita ao CDC e que é expressa desde logo em seu art. 1º. Não é por outra razão, inclusive, que o princípio do equilíbrio contratual (arts. 4º, III, e 6º, V, do CDC) se faz sentir ao longo de todas as regras previstas, ao longo de seu texto, que versam a respeito da tutela de tal equilíbrio, seja originário ou superveniente.

Especialmente restritivas são aquelas regras que constam do rol previsto no art. 51 do CDC, relativo às cláusulas nulas de pleno direito. Dentre estas, destaca-se: o art. 51, IV, o qual veda o estabelecimento de “obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (BRASIL, 1990); o art. 51, VI, que veda a pactuação de inversão do ônus da prova em prejuízo ao consumidor; o art. 51, VII, que veda a pactuação de cláusula que torne compulsória a arbitragem; e o art. 51, §1º, do CDC, o qual trata acerca da presunção de “vantagem exagerada” em seus incisos, com destaque para as hipóteses em que há restrição de direitos ou obrigações fundamentais “inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual” (art. 51, §1º, II, do CDC) (BRASIL, 1990) ou que se mostre excessivamente onerosa para o consumidor (art. 51, §1º, III, do CDC).

Naturalmente, tais limitações podem ser controladas e nulificadas, desde logo, por se tratarem de hipóteses afeitas, em certa medida, ao desequilíbrio contratual originário, de sorte que tais cláusulas não devem sequer produzir efeitos. Some-se a tais dispositivos, ainda, o próprio parágrafo único do art. 190 do CPC, o qual autoriza o controle de validade das convenções processuais nas hipóteses de inserção abusiva em contrato de adesão e quando houve manifesta situação de vulnerabilidade do contratante (BRASIL, 2015). Vários destes dispositivos servem, ainda, como parâmetros válidos para a concretização do conceito de “onerosidade excessiva” tutelado pelo art. 6º, V, do CDC.

De fato, o critério da proteção das garantias processuais correlatas continua aplicável na aferição do desequilíbrio superveniente das convenções processuais em geral, posto que relacionado a requisito de validade aplicável a todo e qualquer negócio jurídico (art. 104, II, do CC); não obstante, tal proteção deve ser invocada, também, sempre que o desequilíbrio da

convenção processual vier a macular direito básico do consumidor – tais como o acesso aos órgãos judiciários (art. 6º, VI, do CDC) e a facilitação da defesa de seus direitos em juízo (art. 6º, VIII) –, ou incidir em quaisquer das hipóteses de nulidade previstas no rol do art. 51 do CDC, as quais, a teor do art. 51, IV e art. 51, §1º, abarcam, de forma abrangente, o fenômeno da iniquidade, a desvantagem exagerada do consumidor e do desequilíbrio contratual como um todo.

Há, também no CDC, um duplo sistema de remédios que aplicáveis à onerosidade excessiva: há uma previsão geral de revisão contratual, tal como prevista no art. 6º, V, do CDC, e há também, no art. 51, §1º, III, do CDC, a previsão de que eventuais cláusulas que se mostrem como excessivamente onerosa para o consumidor são nulas de pleno direito, o que evidencia possível antinomia entre os dispositivos (BORGES, 2002, p. 130). Não obstante o aparente conflito normativo entre os dispositivos, Nelson Borges (2002, p. 390-391) conclui pela necessidade de prevalência da solução revisional em detrimento da nulificação da cláusula contratual, o que se justificaria, também, pela sua possível utilidade para o consumidor.

O correto, contudo, parece ser atribuir tal faculdade ao consumidor, o qual pode pretender tanto a nulificação da cláusula, quanto sua revisão. Tal qual no regime do direito civil, entende-se que os prejuízos decorrentes do desequilíbrio convencional são graves ao ponto em que, caso não haja o pedido expresso de revisão pelo consumidor, a ilicitude superveniente da convenção pode ser conhecida de ofício pelo juiz (art. 104, II, do CC), com a consequente declaração de nulidade de seu conteúdo e o afastamento de sua aplicação.

A guisa de conclusão, muito embora o regime de onerosidade excessiva previsto pelo CDC seja mais objetivo e simples quando comparado com aquele adotado pelo Código Civil, os desafios de sua aplicação não derivam tanto da compatibilização de seus requisitos com a natureza das convenções processuais – aproveitando-se, em muito, as análises já feitas para o regime mais geral do Código Civil –, mas, sim, da inexistência de maiores desenvolvimentos doutrinários acerca da aplicação da negociação processual às relações de consumo.

Todavia, a análise de seu desequilíbrio superveniente deve centrar-se, também, na aferição do agravamento dos sacrifícios suportados pelo consumidor. Para tanto a extrapolação da álea normal pela onerosidade excessiva da convenção resultará, essencialmente, na ocorrência de prejuízo às suas garantias processuais mínimas, bem como aos seus direitos básicos conferidos pelo CDC (art. 6º), parâmetros objetivos estes que poderão ser utilizados como elementos para sua constatação.

6 CONCLUSÕES

Foram alcançadas, ao longo da presente dissertação, importantes conclusões acerca da acepção contemporânea do princípio do equilíbrio contratual no direito privado brasileiro, bem como as respectivas regras de tutela do desequilíbrio contratual superveniente do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil.

Ademais, buscou-se demonstrar, ainda, a aplicabilidade de tais institutos às convenções processuais, especialmente aquelas de natureza prévia, além de se realizar uma correta leitura dos requisitos aplicáveis às teorias da resolução por onerosidade excessiva (arts. 478 a 480 do CC) e da revisão por onerosidade excessiva (art. 6º, V, do CDC), a fim de melhor compatibilizá-los ao objeto específico das convenções processuais. A título de conclusão, indicar-se-á, a seguir, as principais conclusões demonstradas ao longo dos capítulos desta dissertação:

1. A noção contemporânea de autonomia privada, diferentemente de sua acepção clássica enquanto “autonomia da vontade”, é funcionalizada em relação à pessoa humana e à tábua axiológica inaugurada pela Constituição Federal de 1988. Tem como elementos integrantes de sua substância, portanto, os valores constitucionais da solidariedade, da igualdade substancial e da dignidade da pessoa humana, o quais não se tratam de meros limites externos à liberdade dos particulares, mas, sim, são características essenciais ao seu exercício.

2. Em sua evolução científica, o Direito Processual Civil fora inicialmente caracterizado pela adoção um modelo adversarial, marcado por grande influência liberal e, conseqüentemente, pela atribuição desmedida de poderes processuais às partes, em detrimento aos do órgão judicial. Contudo, sofreu substanciais alterações com o advento do Estado Social, consolidando o modelo inquisitivo de processo, o qual, marcado por diversos excessos no sentido oposto, especialmente pela hiperpublicização do processo, inflou os poderes judiciais em detrimento daqueles atribuídos às partes e resultou na identificação, por alguns setores da processualística, na defesa da existência de um suposto dogma da irrelevância da vontade no direito processual civil.

3. O Estado Democrático de Direito, porém, busca uma solução de compromisso entre ambos os modelos. O processo deve ser compreendido como ambiente democrático, calcado em constante diálogo e com equilibrada “divisão do trabalho” entre os sujeitos processuais, identificado como o modelo cooperativo de processo (art. 6º do CPC). Ademais, reconhecendo a cooriginariedade entre as autonomias privada e pública, há a “reconquista” de

territórios da autonomia privada em meio ao processo, indevidamente suprimidos pelos exageros do publicismo processual, a qual se dá pela positivação de uma cláusula geral de negociação processual atípica (art. 190 do CPC), verdadeira norma de habilitação que confere às partes o poder de derrogação da norma legislada em favor da convencional. Passa-se a admitir que as partes celebrem negócios jurídicos processuais sobre suas situações jurídicas processuais e mesmo sobre o procedimento.

4. Não mais se admite a existência de “zonas francas” para atuação da autonomia privada, isto é, verdadeiros setores de imunidade e de atuação ilimitada e irrestrita. A nível constitucional, o redimensionamento da autonomia privada é dado pelos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), solidariedade social (art. 3º, I, da CF) e da justiça social (art. 170 da CF), sem se olvidar do objetivo fundamental da República de erradicação da pobreza e da redução das desigualdades regionais e sociais (art. 3º, III, da CF), o quais informam o direito contratual contemporâneo. Assim, tanto os contratos civis em geral quanto as convenções processuais estão sujeitas a tais princípios constitucionais, inexistindo “imunidade” de qualquer espécie negocial infraconstitucional aos seus efeitos.

5. O mesmo se aplica em relação ao princípio do equilíbrio contratual, o qual encontra fundamento nestes mesmos princípios constitucionais, além de ser princípio positivado no Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, III, e 6º, V, do CDC) e implícito no Código Civil (deduzido dos arts. 156, 157, 317 e 478 a 480, do CC). Consequência básica do princípio do equilíbrio contratual é que, diferentemente da acepção clássica da “justiça contratual” - cuja presença decorria do acordo de vontades livre e não maculado por vícios -, este impõe a realização, na maior medida do possível, do equilíbrio objetivo do conteúdo dos contratos, o qual diz menos respeito ao apego voluntarista à manifestação de vontade original das partes, e mais ao seu objeto propriamente dito.

6. O princípio do equilíbrio contratual também encontra aplicação nas convenções processuais. Além de se sujeitarem tais convenções aos mesmos princípios constitucionais que o fundamentam o princípio do equilíbrio contratual, a aplicação de tal princípio também decorre por força do fenômeno da correção formal das convenções processuais, bem como pelo diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade existente entre o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e o Código de Processo Civil. Assim, às convenções processuais também se aplica a exigência de manutenção do equilíbrio objetivo de seu conteúdo, sujeitando-as ao controle de seu desequilíbrio originário ou superveniente.

7. Também são aplicáveis, às convenções processuais – especialmente às prévias ou pré-processuais -, as teorias de resolução por onerosidade excessiva (arts. 478 a 480 do CC) e

revisão por onerosidade excessiva (art. 6º, V, do CDC). Ambas as teorias são aplicáveis em contextos distintos – respectivamente, no regime geral dos contratos civis e nas relações de consumo –, bem como contém conteúdo distinto: o Código Civil exige, para a aplicação do art. 478, a presença de contrato de execução continuada ou diferida, a ocorrência de fato superveniente imprevisível e extraordinário, a consequente onerosidade excessiva para a parte prejudicada e a extrema vantagem para a contraparte, o que autorizaria sua resolução; por sua vez, o CDC exige, tão somente, que, nos contratos de execução continuada ou diferida, ocorra um fato superveniente qualquer, do qual resulte excessiva onerosidade para o consumidor, o que autorizaria sua revisão.

8. Uma das principais dificuldades quando da aplicação das referidas teorias às convenções processuais se trata, de fato, na identificação do que configuraria sua “excessiva onerosidade”; utiliza-se, no direito civil, critérios tais como o da álea que exceda os riscos normais do contrato, o agravamento do sacrifício econômico imposto à parte e a referência aos preços habituais de mercado e suas flutuações. Todavia, tais conceitos não podem ser simplesmente transpostos para o direito processual civil sem considerar, de antemão, as especificidades do objeto das convenções processuais, os quais não contêm, necessariamente, valor patrimonial, mas dizem respeito a situações jurídicas processuais e ao próprio procedimento.

9. Útil, neste quesito, são os critérios para aferição da licitude do objeto da convenção processual, na medida em que, ao se admitir que os direitos fundamentais processuais podem ser, em certa medida, dispostos, renunciados ou restringidos, cabe a identificação de sua “margem de negociabilidade”. Indica-se, comumente, parâmetros tais como o do respeito às garantias processuais, ao devido processo legal, e às normas de ordem pública. Todavia, proposta mais interessante para os fins da presente dissertação se trata da desenvolvida por Antonio do Passo Cabral (2020, p. 408-418), o qual sugere que a aferição se dê por um método de três etapas: a identificação da garantia processual afetada pela convenção; a busca de “índices de tipos” ou agrupamento de convenções que possa fornecer parâmetros para seu controle; e a proteção das garantias processuais mínimas das partes, ou do núcleo essencial dos seus direitos fundamentais processuais, vedando-se sua redução a zero.

10. Sinteticamente, cada um dos requisitos do art. 478 do Código Civil pode ser adequado para as especificidades das convenções processuais. Em relação requisito do contrato de execução continuada ou diferida, são as convenções processuais prévias que, por excelência, melhor comportam melhor aplicação do instituto. Contudo, melhor interpretação do tal critério não deve se apegar, tanto, à classificação abstrata e estrutural das convenções

como prévias ou incidentais, mas privilegiar sua perspectiva funcional, ou seja, quando, ainda que de forma accidental, sua execução dê de forma diferida, mesmo que tivesse sido inicialmente pactuada como de cumprimento instantâneo. Beneficiam-se, assim, de tal critério funcional, aquelas convenções incidentais cuja execução se dê em momento futuro, ainda que referido lapso temporal seja curto. Não obstante, é certo que as convenções processuais prévias são a principal espécie sujeita à aplicação do art. 478 do Código Civil.

11. Em relação aos requisitos do fato imprevisível e extraordinário e da excessiva onerosidade, há a necessidade, de antemão, de se adotar a proposta interpretativa de Anderson Schreiber (2020, p. 262-268), o qual sugere o deslocamento da centralidade da imprevisibilidade e extraordinariedade para a excessiva onerosidade, presumindo-se os primeiros na hipótese de presença deste último. Passa-se, assim, a privilegiar o dado normativo efetivamente relacionado com o desequilíbrio contratual superveniente, na medida em que a imprevisibilidade e a extraordinariedade são requisitos excessivamente subjetivos e carecedores de maiores critérios objetivos para sua escolha, e que, no mais das vezes, relega a segundo plano o enfrentamento do desequilíbrio contratual em si considerado.

12. Para fins de aferição da onerosidade excessiva propriamente dita, tem-se que os critérios da “álea normal da convenção” e do “agravamento do sacrifício suportado pela parte” são úteis, quando considerados em conjunto com os parâmetros para aferição da licitude do objeto das convenções processuais, para a constatação da ocorrência da onerosidade excessiva. No caso, a sua ocorrência será evidenciada pelo agravamento do sacrifício imposto ao conveniente, com o consequente aprofundamento da intensidade em que a garantia processual correlata à convenção é afetada. Contudo, para que tal agravamento seja apto a atrair a resolução por onerosidade excessiva, este deve extrapolar os riscos alocados e assumidos na convenção, de forma a afetar o núcleo intangível das garantias processuais mínimas das partes. Trata-se de hipótese que se aproxima de modalidade de “ilicitude superveniente” do objeto do negócio processual (art. 104, II, do CC), o que exige e autoriza o controle judicial de sua validade.

13. A extrema vantagem decorrente da onerosidade excessiva, embora seja requisito duramente criticado pela doutrina civilista, não pode ser simplesmente ignorado, diante de sua expressa inclusão na redação do art. 478 do CC. Deve contudo, ser objeto de redução teleológica, tal como propõem Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva (2020, p. 240), de forma que, caso o requisito não esteja presente no caso concreto, este passe a ser presumido, como forma de se privilegiar a tutela do desequilíbrio convencional. Há hipóteses, porém, em que a extrema vantagem para a contraparte estará presente, tal como nas hipóteses em que a

garantia fundamental afetada implique na imposição de obstáculo intransponível ao acesso à justiça ou na limitação da ampla defesa para a parte prejudicada.

14. De forma geral, os requisitos negativos da não imputabilidade do fato superveniente à conduta da parte prejudica, de que a onerosidade excessiva não esteja compreendida na álea normal do contrato e de que a parte prejudicada não esteja em mora, são aplicáveis, sem maior esforço, às convenções processuais. Há necessidade, contudo, que a parte prejudicada por eventual descumprimento da convenção processual deve se manifestar em sua primeira oportunidade processual, requerendo, desde logo, sua observação, para fins de constituição da contraparte em mora e para se evitar a presunção de renúncia ao conteúdo da convenção.

15. Embora seja possível que o conveniente prejudicado busque a resolução ou revisão contratual mediante propositura de processo autônomo, com fundamento nos arts. 317, 478 e 480 do CC, as convenções processuais maculadas pela onerosidade excessiva comportam, também, que seu controle seja feito de forma incidental caso o processo ao qual faz referência já tenha sido instaurado. Isto pois o a ilicitude do objeto da convenção processual, por se tratar de requisito geral de validade do negócio jurídico processual (art. 104, II, do CC), atrai a cognoscibilidade de ofício da matéria, viabilizando o controle judicial do ato e a consequente recusa de sua aplicação.

16. Embora os requisitos de aplicação da revisão por onerosidade excessiva do CDC (art. 6º, V) sejam significativamente mais simples em relação aos do Código Civil, as conclusões referentes à aplicação do art. 478 do CC são também aplicáveis ao art. 6º, V do CDC. A principal dificuldade de convenções processuais nas relações de consumo decorre, principalmente, das inúmeras normas imperativas e cogentes que compõem o seu texto normativo (art. 1º do CDC), o que deve ser tomado como baliza para fins de verificação da ocorrência de onerosidade excessiva. Ademais, ocorre a onerosidade excessiva nas convenções processuais em relações de consumo, além da hipótese em que haja prejuízo às garantias processuais essenciais da parte, quando houver prejuízo a direito básico do consumidor, tais como o acesso aos órgãos judiciários (art. 6º, VI, do CDC) e a facilitação de seus direitos em juízo (art. 6º, VIII, do CDC), ou quando incidir em quaisquer hipóteses de nulidade previstas no rol do art. 51 do CDC, tais como os arts. 51, IV e 51, §1º.

17. Tal como no Direito Civil, há um duplo sistema de remédios aplicáveis à onerosidade excessiva, quais sejam, a via revisional (art. 6º, V, do CDC), e a possibilidade de nulificação da cláusula (art. 51, §1º, III, do CDC). Em que pese a aparente antinomia entre as normas, há de se conferir ao consumidor a faculdade de optar por qual remédio jurídico

pretende que seja aplicado. Todavia, inexistindo pedido expresso de revisão, e estando presente prejuízo aos direitos básicos do consumidor ou às suas garantias processuais, o controle da validade de convenção pode ser feito, de ofício, pelo órgão judicial (art. 104, II, do CC).

REFERÊNCIAS

- ABDO, Helena. As situações jurídicas processuais e o processo civil contemporâneo. *In*: DIDIER JR., Fredie (coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 339-352, v. 2.
- AFFONSO, Filipe José Medon. Diálogos entre direito civil e matéria de negócios jurídicos: em busca da construção de um ordenamento unitário. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 87-110, v. 1, t. 2.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALMEIDA, João Batista de. Resolução e revisão dos contratos. *In*: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto. **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 232-246.
- ALVES, José Carlos Moreira. **A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro (subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro)**. 2. ed. aum. São Paulo: Saraiva, 2003.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>. Acesso em: 19 jan. 2021, às 21:45.
- ANDRADE, Érico. Gestão processual flexível, colaborativa e proporcional: a importância dos negócios processuais para a implementação das novas tendências no CPC/2015. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 55-85, v. 1, t. 2.
- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A ordem pública no direito processual civil**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1900033/mod_resource/content/1/Aprigliano%20-%20Ordem%20p%C3%ABlica%20-%20vers%C3%A3o%20completa.pdf. Acesso em 23 mai. 2022, às 10:19.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. **Pensar**, Fortaleza, v. 13, p. 7-20, jan./jun. 2008. Disponível em <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/795/1690>. Acesso em 7 abr. 2022, às 12:08.
- ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos

negócios jurídicos processuais. In: DIDIER JR., Fredie. **Negócios processuais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 255-280, v. 1.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil Brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). In: ALVIM, Arruda; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Portes de; ROSAS, Roberto. **Aspectos controvertidos do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 31-45.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, Universidade de São Paulo, v. 97, p. 107-125, 2002a. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67536>. Acesso em: 5 fev. 2021, às 20:30.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002b.

AZEVEDO, Antônio 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. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 750, p. 113-120, abr. 1998.

AZEVEDO, Marcos de Almeida Villaça. **Onerosidade excessiva e desequilíbrio contratual superveniente**. São Paulo: Almedina, 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. ver. e atual, até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **Revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2020.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação**. Salvador: JusPodivm, 2013.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: JusPodivm, 2016.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969, t. 1.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franca; NASCIMENTO FILHO, Firly. **Os Princípios da Constituição de 1988**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORGES, Nelson. **Revisão contratual**: convenientes (des)interpretação da Cláusula *Rebus Sic Stantibus*. Curitiba: Juruá, 2017.

BORGES, Nelson. Aspectos positivos e negativos da revisão contratual no novo código civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 849, p. 80-110, jul. 2006.

BORGES, Nelson. **A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil (com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil)**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil – 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, n. 191-A, p. 1, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jan. 2021, às 11:20.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: **Presidência da República**, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 02 mai. 2022, às 10:12.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 1, 1 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 02 mai. 2022, às 10:12.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: **Presidência da República**, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 02 mai. 2022, às 10:12.

BRITO, Rodrigo Toscano de. **Equivalência material dos contratos** – civis, empresariais e de consumo. São Paulo: Saraiva, 2007.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 3 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020.

CADIET, Loïc. **Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa**: seis lições brasileiras. Tradução de Daniel Mitidiero, Bibiana Gava Toscano de Oliveira, Luciana Robles de Almeida e Rodrigo Lomando. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CÂMARA, Helder Moroni. **Negócios jurídicos processuais**: condições, elementos e limites. São Paulo: Almedina, 2018.

CAPONI, Remo. *Autonomia privada e processo civile: gli accordi processuali*. In: DIDIER JR., Fredie. **Negócios processuais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 205-253, v. 1

COGO, Rodrigo Barreto. **A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **V Jornada de Direito Civil**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2022, às 10:30.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **IV Jornada de Direito Civil**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007, v. 1. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/IV%20Jornada%20volume%20I.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2022, às 10:12.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2005. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/iii-jornada-de-direito-civil-1.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2022, às 09:35.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 7. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 1999.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie. **Negócios processuais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 39-74, v. 1.

DAMAŠKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process**. New Haven: Yale University Press, 1986.

DIAS, Antônio Pedro Medeiros. **Revisão e resolução do contrato por excessiva onerosidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: DIDIER JR., Fredie. **Negócios processuais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 32-37, v. 1.

DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. In: DIDIER JR., Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 25-45.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. In: DIDIER JR., Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 63-94.

DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. In: DIDIER JR., Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 169-191.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 11. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIUZA, César. Aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* aos contratos aleatórios. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, n. 144, p. 5-10, out./dez. 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/527/r144-01.PDF?sequence=4>. Acesso em 7 abr. 2022, às 09:15.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral**. São Paulo: Forense, 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06082008-152939/pt-br.php>. Acesso em 16 mai. 2022, às 11:02.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2. ed. Tradução de António Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2. ed. aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, Universo do Estado do Rio de Janeiro, v. 1, p. 7-28, out./dez. 2007. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23657/16714>. Acesso em: 25 mai. 2022, às 15:19.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. revista, atualizada e reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1.

GROSSI, Paolo. **A history of European law**. Tradução de Laurence Hooper. Chichester: Wiley-Blackwell, 2010.

HESPANHA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Coimbra: Almedina, 2012.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019.

LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**. Tradução de Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Comares, 2002.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das obrigações**: transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2008, v.2.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: das origens à escola histórica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, v. 1.

LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**: obrigações: parte geral (arts. 233 a 420). São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2.

LYNCH, Maria Antonieta. Da cláusula *rebus sic stantibus* à onerosidade excessiva. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, n. 184, p. 7-19, out./dez. 2009. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194943/000881699.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em 7 abr. 2022, às 11:17.

MARINHO, Maria Proença. **Frustração do fim do contrato**. Indaiatuba: Foco, 2020.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Revisão contratual: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa**. São Paulo: Almedina, 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. A teoria do diálogo das fontes hoje no Brasil e seus novos desafios: uma homenagem à magistratura brasileira. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Diálogo das fontes: novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 17-72.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Novo Código de Processo Civil e o diálogo das fontes para a proteção do consumidor. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; REICHELT, Luis Alberto. **Diálogos entre o direito do consumidor e o novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 29-52.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”. *In*: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto. **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 11-82.

MARTINS-COSTA, Judith. Impossibilidade de prestar e excessiva onerosidade superveniente na relação entre shopping center e seus lojistas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Universidade de Lisboa, v. 61, p. 391-427, jul. 2020. Disponível em: <https://www.fd.ulisboa.pt/investigacao/producao-cientifica/revistas-cientificas/revista-da-fdul/numeros-issues/#1600783673032-2ead84bf-0998>. Acesso em: 21 mar. 2022, às 07:53.

MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. **Crise e perturbações no cumprimento da prestação: estudo de direito comparado luso-brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, t. 1.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. *In*: MARTINS-COSTA (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 611-661.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 670, p. 41-48, ago. 1991.

MATTIETTO, Leonardo. O princípio do equilíbrio contratual. **Revista da Procuradoria Geal do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, CEJUR, v. 64, p. 183-191, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia – 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 18. ed. Saraiva: 2012.

MENCK, José Theodoro Mascarenhas. **Código civil brasileiro no debate parlamentar**: elementos históricos da elaboração da Lei nº 10.406, de 2002. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012, v. 1, t. 1 a 4. Disponível em https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/9668/codigo_civil_debate_v1_tomos1a4.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 01 mai. 2022, às 12:06.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2013.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 1.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 3.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 25.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, Guilherme Alves. **Instituições do direito civil português**: parte geral. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1907, v.1.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Duelo e processo. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 211-221.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 35-44.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. *In*: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: os princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Situações jurídicas processuais. *In*: DIDIER JR., Fredie (coord.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 749-769, v. 2.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2012.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Almedina: Coimbra, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. 3.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed., rev. e ampl. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo civil**: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto. Salvador: JusPodivm, 2016.

REALE, Miguel. **O projeto de código civil**: situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986.

REALE, Miguel. **Questões de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 1997.

REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RENNER, Rafael. **Novo direito contratual**: a tutela do equilíbrio contratual no Código Civil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2007.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/982/R163-08.pdf?sequence=4>. Acesso em 29 jan. 2021, às 15:27.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Rodrigues. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e Manuel Januário Costa Gomes. Almedina: Coimbra, 2009.

SABRINNI, Fernanda. Teoria da imprevisão no direito francês e as “fissuras” do Canal de Capronne. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 21, p. 131-144, jul./set. 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/viewFile/468/311>. Acesso em 8 abr. 2022, às 08:21.

SANTOS, Antonio Jeová. **Função social**: lesão e onerosidade excessiva nos contratos. São Paulo: Método, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade da liberdade e da autonomia privada. **Boletim Científico**, Brasília, Escola Superior do Ministério Público da União, n. 14, p. 167-217, jan./mar. 2005. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-14-2013-janeiro-marco-de-2005/os-principios-constitucionais-da-liberdade-e-da-autonomia-privada>. Acesso em: 20 jan. 2021, às 11:42.

SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SCHUNCK, Giuliana Bonanno. **A onerosidade excessiva superveniente no código civil**: críticas e questões controvertidas. São Paulo: LTr, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. As causas da revisão dos contratos pelo juiz e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, v. 11, p. 145-164, 1996. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/69743/39289>. Acesso em: 21 abr. 2022, às 10:11.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, Del Rey, n. 1, p. 607-613, jan./jun. 2003. Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf. Acesso em 28 fev. 2022, às 11:51.

SOARES, Giordano Bruno Sores. **Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**. 8 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. São Paulo: Método, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, v. 1.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, v. 2.

TEPEDINO, Gustavo. A técnica da representação e os novos princípios contratuais. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009a, t. 3, p. 125-144.

TEPEDINO, Gustavo. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009b, t. 3, p. 21-40.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e o direito civil na construção unitária do ordenamento. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009c, t. 3, p. 3-20.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009d, t. 3, p. 145-155.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, Renovar, n. 2, p. 37-53, abr./jun. 2006a.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b, t. 2. p. 21-46.

TEPEDINO, Gustavo. Os contratos de consumo no Brasil. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006c, t. 2. p. 123-134.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; QUINAUD PEDRON, Flávio. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012, v. 2.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 5. ed. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convênção das partes em matéria processual: rumo a uma nova Era? *In*: DIDIER JR., Fredie. **Negócios processuais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 75-92, v. 1.