Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito

Rodrigo da Guia Silva

Remédios ao inadimplemento contratual: uma releitura em perspectiva civil-constitucional

Rio de Janeiro
2022

Rodrigo da Guia Silva

Remédios ao inadimplemento contratual: uma releitura em perspectiva civil-constitucional

Tese apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino

Rio de Janeiro

2022

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S586 Silva, Rodrigo da Guia.

Remédios ao inadimplemento contratual: uma releitura em perspectiva civil-constitucional / Rodrigo da Guia Silva. – 2022.
349 f.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino.
Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Contratos - Teses. 2. Direito civil - Teses. 3. Prestação de serviços - Teses. I. Tepedino, Gustavo José Mendes. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.447

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Rodrigo da Guia Silva

Remédios ao inadimplemento contratual:
uma releitura em perspectiva civil-constitucional

Tese apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais.

Aprovada em 10 de outubro de 2022.

Banca Examinadora:

_____

Prof. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof.ª Dr.ª Milena Donato Oliva

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. Bruno Nubens Barbosa Miragem

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

_____

Prof. Dr. Gabriel Rocha Furtado

Universidade Federal do Piauí

Rio de Janeiro

2022

Para Noêmia (*in memoriam*), Tânia e Júlia

AGRADECIMENTOS

A elaboração desta tese representa a conclusão de mais um ciclo da formação acadêmica que devo à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Aqui tive o privilégio de cursar o bacharelado em Direito e, ato contínuo, o Mestrado e o Doutorado em Direito Civil. Nada mais natural, portanto, do que as primeiras linhas desses singelos agradecimentos serem direcionadas à minha dileta *alma mater*, a quem sou grato não apenas pela formação acadêmica, mas igualmente por vínculos que carregarei por toda a minha trajetória. Em especial, agradeço aos meus amigos e companheiros *uerjianos*, bem como a todos os alunos que, para além dos instigantes debates sobre o Direito Civil, me proporcionaram toda a compreensão e todo o incentivo necessários para que fosse possível concluir a elaboração desta tese em paralelo à honrosa atividade docente na qualidade de Professor Substituto do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ.

A gratidão acadêmica que nutro para com os meus alunos apenas não supera a gratidão que orgulhosamente carrego em relação aos meus mestres. Em primeiro lugar, agradeço ao Professor Gustavo Tepedino, orientador de mais esta etapa da minha formação acadêmica. O presente estudo, tal como a minha inteira trajetória, é marcado pela decisiva influência do meu eterno orientador, a quem devo a renovação diuturna, desde as primeiras aulas na graduação, do fascínio pelo estudo do direito civil, fascínio presente nas sucessivas gerações de alunos e pesquisadores que, assim como eu, têm a oportunidade de vivenciar as suas lições. O Professor Tepedino encarna o exemplo insuperável de orientador, professor, pesquisador, advogado, humanista, enfim, do ser humano de cuja referência jamais me afastarei.

Agradeço, também, a todos os demais Professores que contribuíram para a minha formação acadêmica desde a mais tenra idade até o presente momento, o que faço nas pessoas dos Professores de cujas lições tive o privilégio de desfrutar durante o doutoramento. Agradeço, assim, aos Professores Aline de Miranda Valverde Terra, Anderson Schreiber, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Carlos Nelson Konder, Eduardo Nunes de Souza, Gisela Sampaio da Cruz Guedes, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Heloisa Helena Barboza, Marcos Alcino de Azevedo Torres, Maria Celina Bodin de Moraes, Maria Teresa Moreira Lima, Milena Donato Oliva, Paula Greco Bandeira e Rose Melo Vencelau Meireles. Às Professoras Milena e Gisela agradeço destacadamente pela disponibilidade integral com que sempre me prestaram inestimável auxílio antes, durante e após o meu exame de qualificação.

Ao Professor Eduardo Nunes de Souza, em especial, agradeço, a mais não poder, pela irrestrita disponibilidade a me ouvir e a me apoiar em absolutamente toda e qualquer situação.

Eu não seria capaz de imaginar minha trajetória pessoal e acadêmica ao longo da última década sem a sua amizade. Afirmo, com orgulho e convicção, que nada supera a alegria da certeza de um ombro amigo disposto a todo o possível e o impossível.

Registro meu agradecimento, ainda, a toda a rede de apoio com a qual contei, imprescindível para que eu tivesse condições materiais e emocionais de chegar a esta etapa conclusiva do doutorado. Agradeço, nomeadamente, aos meus amigos e atuais companheiros de mestrado e/ou doutorado (o que faço nas pessoas de Laura Osório, João Quinelato, Cássio Rodrigues, Rafael Mansur, Felipe Ribas, Jeniffer Gomes, Lívia Maia, Mariana Siqueira e Livia Leal), por tornarem únicos todos os momentos que compartilhamos; ao Alberto Trigo, à Juliana Melazzi e à Fernanda Vogt pelo auxílio em dúvidas acerca de pontos de interseção entre o direito material e o direito processual; à Isabel Petrenko, pelo auxílio em pesquisas jurisprudenciais na fase final da elaboração desta tese; a toda a equipe do escritório Gustavo Tepedino Advogados (o que faço nas pessoas dos Professores Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva, bem como de Vivianne da Silveira Abilio, Andre Roque, Sofia Temer, Francisco Viégas, Renan Cortazio e dos diletos atuais e antigos estagiários Bruna Wu, Igor Senra, Isabel Petrenko, Diego Bellot e Matheus Mendes), por tornar a convivência particularmente agradável e por me proporcionar todo o suporte necessário para a conclusão desta tese.

Por fim, agradeço à minha família, causa originária e determinante de toda a minha energia vital. À Júlia agradeço por ser a companhia certa e segura por toda a vida, o colo que acolhe, a voz que acalma e incentiva, o sorriso que ri em conjunto. Termos enfrentado e superado simultaneamente os nossos desafios particulares do doutoramento apenas reforça que somos capazes de absolutamente tudo juntos, felizes, esperançosos, sempre. Agradeço também por me proporcionar a convivência com a toda a sua (nossa) família, notadamente em relação aos seus pais e aos seus irmãos, com particular mensagem de agradecimento ao Gabriel pelo auxílio imediato e constante em todas as dificuldades da vida.

Ao Bruno agradeço por seguir renovando as mais felizes memórias que compartilhamos desde o seu nascimento. Aos meus pais, Tânia e Celso, agradeço, para além da bênção da vida, o esforço incessante em me proporcionar as melhores condições morais e materiais para o desenvolvimento deste e de todos os outros projetos a que já me propus. Ao meu pai devo, especialmente e além de tudo mais, o exemplo vivo de que estudo, dedicação, esforço e determinação têm o potencial infinito de transformar positivamente as nossas vidas. À minha mãe, síntese perfeita do que de melhor consigo associar às noções de humanidade, empatia e bondade, devo a comprovação de que a vida sempre vale a pena e devo, ainda, a inspiração eterna pela luta por uma sociedade melhor para todos e cada um de nós. Nenhum verso seria capaz de registrar minha gratidão e minha admiração por vocês dois.

Concluo estes singelos agradecimentos com a mais saudosa gratidão à minha avó Noêmia, mulher guerreira e matriarca de toda a nossa família, que por infortúnio do destino não poderá assistir presencialmente à solenidade de defesa desta tese. Vó, sua presença e sua memória serão constantes neste e em todos os meus próximos passos. Descanse bem, sem perder o seu senso de humor inconfundível!

RESUMO

SILVA, Rodrigo da Guia. *Remédios ao inadimplemento contratual:* uma releitura em perspectiva civil-constitucional. 2022. 349 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

A hipótese norteadora da presente tese consiste na possibilidade de expansão, por via analógica (axiologicamente orientada pelo princípio do equilíbrio contratual), do cabimento dos remédios ao inadimplemento contratual para além das hipóteses objeto de previsão legal expressa, com vistas à otimização da efetividade da tutela do interesse útil do credor frustrado pelo inadimplemento contratual. Para tanto, a tese se estrutura em três capítulos, concebidos para a investigação de cada um dos principais elementos componentes da hipótese sob exame. O primeiro capítulo investiga os contributos e as limitações das formulações tradicionais em doutrina para a compreensão do escopo do princípio do equilíbrio contratual na dogmática contemporânea do direito dos contratos. O segundo capítulo, a partir da identificação da íntima correlação entre os princípios do equilíbrio contratual e da obrigatoriedade dos pactos, analisa os influxos de uma renovada principiologia de proteção do programa contratual sobre a compreensão dos remédios ao inadimplemento. O terceiro capítulo, por fim, a partir da superação da taxatividade usualmente associada (de modo explícito ou implícito) aos remédios ao inadimplemento, investiga alguns exemplos de aplicação do raciocínio proposto, tendo como objeto de análise o remédio revisional (notadamente na feição de redução proporcional da contraprestação) e os remédios conformativos (destacadamente o reparo, a reexecução e a substituição). A tese se pauta no marco teórico da metodologia do direito civil-constitucional e adota o método lógico-dedutivo, a partir de pesquisa eminentemente bibliográfica, tendo por objeto de análise o direito brasileiro.

Palavras-chave: Inadimplemento contratual. Remédios. Equilíbrio contratual. Remédios ao inadimplemento.

ABSTRACT

SILVA, Rodrigo da Guia. *Remedies for breach of contract:* a reinterpretation in a civil-constitutional perspective. 2022. 349 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

The guiding hypothesis of this thesis is the possibility of expanding, by analogy (axiologically guided by the principle of contractual equilibrium), of the admissibility of remedies for contractual default beyond the hypotheses object of express legal provision, seeking to optimize the effectiveness of the protection of the useful interest of the creditor frustrated by the breach of contract. To this purpose, the thesis is structured in three chapters, designed to investigate each of the main components of the hypothesis under examination. The first chapter investigates the contributions and limitations of traditional formulations in doctrine for understanding the scope of the principle of contractual equilibrium in contemporary dogmatics of contract law. The second chapter, based on the identification of the intimate correlation between the principle of contractual equilibrium and the principle of *pacta sunt servanda*, analyzes the influences of a renewed framework of principle regarding the protection of the contractual program on the understanding of remedies for breach of contract. Finally, the third chapter, based on overcoming the *numerus clausus* usually associated (explicitly or implicitly) with remedies for breach of contract, investigates some examples of application of the proposed reasoning, having as object of analysis the revisional remedy (notably in the form of proportional reduction of counter-performance) and conformative remedies (notably repair, re-execution and replacement). The thesis is based on the theoretical framework of the civil-constitutional law methodology and adopts the logical-deductive method, based on eminently bibliographic research, having Brazilian law as its object of analysis.

Keywords: Breach of contract. Remedies. Contractual equilibrium. Remedies for breach of contract.

RIASSUNTO

SILVA, Rodrigo da Guia. *Rimedi all'inadempimento contrattuale:* una rilettura in prospettiva civile-costituzionale. 2022. 349 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

L'ipotesi guida di questa tesi è la possibilità di ampliare, per via analogica (assiologicamente orientata dal principio dell'equilibrio contrattuale), l'amissibilità dei rimedi all'inadempimento contrattuale al di là delle ipotesi oggetto di espressa previsione legale, nell'ottica di ottimizzare l'effetività della tutela dell'interesse utile del creditore frustrato dall'inadempimento contrattuale. A tal fine, la tesi è strutturata in tre capitoli, volti ad approfondire ciascuno delle componenti principali dell'ipotesi in esame. Il primo capitolo indaga i contributi e i limiti delle formulazioni tradizionali in dottrina per comprendere la portata del principio dell'equilibrio contrattuale nella dogmatica contemporanea del diritto contrattuale. Il secondo capitolo, basato sull'identificazione dell'intima correlazione tra i principi di equilibrio contrattuale e la forza vincolante dei patti, analizza le influenze di una rinnovata principiologia di protezione del programma contrattuale sulla comprensione dei rimedi all'inadempimento. Infine, il terzo capitolo, basato sul superamento della tassatività di solito associata (esplicitamente o implicitamente) ai rimedi all'inadempimento, indaga alcuni esempi di applicazione del ragionamento proposto, avendo come oggetto di analisi il rimedio di revisione (in particolare nella forma di riduzione proporzionale del corrispettivo) e rimedi conformativi (in particolare la riparazione, la riesecuzione e la sostituzione). La tesi si basa sul marco teorico della metodologia del diritto civile-costituzionale e adotta il metodo logico-deduttivo, basato su una ricerca eminentemente bibliografica, avendo come oggetto di analisi il diritto brasiliano.

Parole-chiave: Inadempimento contrattuale. Rimedi. Equilibrio contrattuale. Rimedi all'inadempimento.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO …….	11
1	**O PAPEL DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL NA PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO DOS CONTRATOS** …….	25
1.1	**"Quem diz contratual, diz justo": a formulação autorreferenciada do equilíbrio contratual** …….	27
1.2	**Percurso rumo à materialização da liberdade e da justiça contratuais: a formulação heterorreferenciada do equilíbrio contratual** ……	55
1.3	**Limitações das formulações tradicionais para a compreensão da fenomenologia do equilíbrio contratual no direito brasileiro** ……...	75
2	**POR UMA RENOVADA PRINCIPIOLOGIA DE PROTEÇÃO DO PROGRAMA CONTRATUAL DIANTE DO INADIMPLEMENTO** ……	102
2.1	**A configuração do princípio do equilíbrio contratual a partir de uma análise funcional da obrigatoriedade dos pactos** ……	103
2.2	**Qualificação do inadimplemento à luz do princípio do equilíbrio contratual: o inadimplemento contratual como circunstância de desequilíbrio imputável ao devedor** …….	142
2.3	**Horizontes para uma perspectiva remedial no direito contratual: tutela das situações jurídicas subjetivas em perspectiva civil-constitucional** ……	188
3	**NOVAS PERSPECTIVAS DE ATUAÇÃO DOS REMÉDIOS AO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL** …….	218
3.1	**Repercussões de uma perspectiva remedial sobre o reconhecimento da não taxatividade das hipóteses de incidência dos remédios ao inadimplemento** …….	222
3.2	**A revisão como remédio ao inadimplemento** ……..	247
3.3	**Remédios vocacionados à conformação de prestações cumpridas de modo imperfeito** ……...	279
	CONCLUSÃO ……...	310
	REFERÊNCIAS ……	316

INTRODUÇÃO

"*Pacta sunt servanda*": a consagração do brocardo latino (em geral vertido ao vernáculo como "os pactos devem ser observados")[1] no desenvolvimento do direito contratual evidencia a circunstância de que a afirmação do princípio da obrigatoriedade dos pactos reflete preocupação das mais centrais na disciplina das relações contratuais: ocupa-se o ordenamento jurídico de assegurar o respeito aos regramentos (auto)vinculantes concebidos pelos particulares em exercício legítimo da autonomia negocial.[2] Para esse propósito, assumem relevância crucial os remédios[3] ofertados pelo ordenamento jurídico para a tutela do interesse útil do credor frustrado pelo inadimplemento contratual (ora sinteticamente denominados *remédios ao inadimplemento contratual* ou *remédios ao inadimplemento*).[4] Com efeito, toda a preocupação de reforço da obrigatoriedade dos pactos é colocada à prova,

[1] Trata-se de tradução consagrada de longa data na experiência brasileira. A título puramente ilustrativo, veja-se a tradução fornecida pelo dicionário organizado pela Academia Brasileira de Letras Jurídicas: "'*Pacta sunt servanda*'. (Lat = os pactos devem ser observados) Dir. Obr. Brocardo consagrador da majestade dos contratos, no sentido de que 'as convenções legalmente formadas constituem lei para aqueles que as fizeram', como está no art. 1.134 do Código Civil francês" (SIDOU, J. M. Othon (Org.). *Pacta sunt servanda* [verbete]. In: *Dicionário jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 440).

[2] Pietro Perlingieri define a autonomia negocial como "(...) o poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito público ou privado de regular com próprias manifestações de vontade, interesses privados ou públicos, ainda que não necessariamente próprios" (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 338). O autor ressalta a necessidade de consideração do valor instrumental da autonomia negocial: "É preciso verificar se tais liberdades encontram efetiva confirmação na teoria dos atos, em razão da fisionomia que esta assume diante dos princípios gerais do ordenamento. É a partir de tais princípios que se extrai a valoração de merecimento de tutela para a autonomia negocial: a autonomia, portanto, não é um valor em si" (Ibid., p. 343). Justamente por isso, reconhece-se que o merecimento de tutela do exercício da autonomia negocial depende da promoção da tábua axiológica constitucional: "A autonomia privada adquire assim conteúdo positivo, impondo deveres à autorregulamentação dos interesses individuais, de tal modo a vincular, já em sua definição conceitual, liberdade à responsabilidade. Essa perspectiva caracteriza o princípio da autonomia privada no direito contemporâneo, desde a promulgação, em diversos países da Europa Continental, ao longo do Século XX, de Constituições intervencionistas, como o Texto Constitucional brasileiro de 1988, que estabeleceram metas a serem alcançadas pelos particulares ao lado da liberdade de contratar e circular riquezas" (TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 1, p. 8-37, jul.-set./2014, p. 10). V., ainda, TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos do direito civil*. Volume 1: teoria geral do direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 245 e ss.; BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 413.

[3] Para um desenvolvimento acerca do emprego da expressão "remédio" como mecanismo de tutela do interesse do credor frustrado pelo inadimplemento, cf. MACARIO, Francesco. I rimedi manutentivi: l'adeguamento del contratto e la rinegoziazione. In: ROPPO, Vincenzo (*a cura di*). *Trattato del contratto*. Volume V: rimedi. Milano: Giuffrè, 2006, p. 689 e ss. Remeta-se, ainda, para uma análise de cunho comparatista acerca dos "remédios" nos sistemas das tradições de *Civil Law* e de *Common Law*, a SMORTO, Guido. Il linguaggio dei diritti e il linguaggio dei rimedi. In: GRAZIADEI, Michele; POZZO, Barbara (*a cura di*). *Categorie e terminologie del diritto nella prospettiva della comparazione*. Milano: Giuffrè, 2015, *passim*; e, do mesmo autor, SMORTO, Guido. Sul significato di "rimedi". *Europa e diritto privato*, n. 1, p. 159-200, 2014, *passim*.

[4] A propósito da menção ao *inadimplemento*, impõe-se uma advertência de índole terminológica: sem embargo do reconhecimento de que também as obrigações sem fonte contratual podem ser inadimplidas, optou-se, no presente estudo, por se utilizarem indistintamente os termos *inadimplemento* e *inadimplemento contratual* (a menos que o contrário resulte de eventual específico emprego), basicamente por economia de linguagem.

fundamentalmente, por essa circunstância fática que mais diretamente afronta o equilíbrio contido no regulamento contratual – o descumprimento contratual imputável ao devedor.

Conquanto não se pretenda hiperdimensionar a fase patológica da relação obrigacional,[5] parece inegável, por um imperativo prático, ser precisamente diante do inadimplemento que se costumam colocar os maiores desafios à promoção do princípio da obrigatoriedade dos pactos.[6] Com efeito, pouco adiantaria a ordem jurídica regular a formação dos contratos, definir os seus requisitos de validade e disciplinar pormenorizadamente o pagamento das prestações se não dispensasse tutela satisfatória ao contratante inocente diante do inadimplemento.[7] Não por acaso, reconhece-se em doutrina que o instituto do contrato, considerado "o coração do direito civil", tem o seu próprio coração constituído pelo "sistema dos remédios contratuais".[8] De fato, a questão central da disciplina da patologia obrigacional

---

[5] Afinal, não se perder de vista a centralidade também do aspecto fisiológico (e não daquele patológico) das situações jurídicas subjetivas, como adverte Francesco Busnelli ao aludir a "(...) *un criterio metodologico fondamentale* (...)*: e, cioè, al criterio, secondo cui, per scroprire l'essenza di un istituto, occorre rifarsi alle sua caratteristiche fisiologiche e non già lasciarsi attrarre dal suo eventuale aspetto patologico*" (BUSNELLI, Francesco Donato. *La lesione del credito da parte di terzi*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 23). Em tradução livre: "(...) um critério metodológico fundamental (...): e, isto é, ao critério segundo o qual, para descobrir a essência de um instituto, é preciso referir-se às suas características fisiológicas e não se deixar atrair pelo seu eventual aspecto patológico". A propósito da importância da análise do momento fisiológico e não apenas daquele patológico, v., ainda, PERLINGIERI, Pietro. Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto". *Rivista di Diritto Privato*, a. XV, n. 4, p. 7-28, out.-dez./2010, p. 27-28.

[6] Sustenta-se, em realidade, uma concepção pluralista e dinâmica da relação obrigacional: "Trata-se também de uma concepção que não restringe sua atenção ao aspecto patológico da obrigação. Diferente da concepção tradicional, cujo foco está centrado no inadimplemento – a ponto de se buscar definir as características da obrigação com base nas consequências do seu descumprimento, como se verá adiante – constrói-se hoje uma análise da relação obrigacional norteada pelo adimplemento, que 'atrai e polariza a obrigação'. A leitura das obrigações torna-se assim mais adequada à ideia de que o direito não se resume à sua função repressora, pautada pelo binômio lesão-sanção, mas possui igualmente – e prioritariamente – uma função promocional, verdadeira tarefa 'civilizatória', responsável pela transformação do *status quo*" (KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. *Civilistica.com*, a. 1, n. 2, p. 1-24, 2012, p. 3-4).

[7] "Sem dúvida, o estado patológico é exceção ao estado fisiológico, ou normal. Não obstante, é tal a frequência da enfermidade, que em nenhum indivíduo se encontra o estado fisiológico perfeito. Semelhantemente, a infração do avençado é, de sua natureza, excepcional; mas o respectivo estudo assume magno relevo, pela mesma razão de ser impossível o homem jurídico, mera abstração. A infração é necessária; e o seu estudo pertence ao mundo fenomenal. (...) Assim que, a infração do dever se repete, sem solução de continuidade, por mais perfeitas que sejam as medidas de prevenção ou polícia jurídica. O estudo, pois, da infração do avençado e das suas consequências é de importância transcendental no direito das obrigações, encarado como ciência prática" (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1965, p. 21).

[8] "*El contrato es el corazón del derecho civil, porque es la máxima expresión de la autonomía privada, y esta es el fundamento y la sustancia misma del derecho civil. ¿Y cuál es el corazón del contrato, del derecho de los contratos? Yo considero que es el sistema de los remedios contractuales: porque la verdadera relevancia, el sentido profundo de la disciplina legal del contrato, no se manifiesta en las situaciones fisiológicas en las que el contrato nace con normalidad y funciona con normalidad, sino en los casos en los cuales su modo de ser y de funcionar presenta alguna patología, cuando el contrato padece de algún defecto o perturbación que lo convierten en un contrato problemático*" (ROPPO, Vincenzo. Introducción a los remedios contractuales: problemas y prospectivas. In: IMBETT, Carlos Alberto Chinchilla; GRONDONA, Mauro (Coord.). *Incumplimiento y sistema de remedios contractuales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021, p. 21). Em tradução livre: "O contrato é o coração do direito civil, porque é a expressão máxima da autonomia privada, e esta é o próprio fundamento e a substância do direito civil. E qual é o coração do contrato, do direito dos

consiste justamente em definir os remédios à disposição do credor[9] cujo interesse útil venha a ser frustrado pelo inadimplemento contratual.[10]

Diante de tal imperativo de tutela – a traduzir, em última instância, o respeito efetivo à obrigatoriedade dos pactos –, não deve passar despercebida a circunstância de o direito positivo brasileiro regular de modo esparso e fragmentário os mecanismos de proteção do interesse útil do credor deflagrados pelo inadimplemento contratual. Com efeito, para hipóteses fáticas que, conquanto estruturalmente distintas, afiguram-se funcionalmente convergentes em torno da noção de inadimplemento (no sentido de descumprimento contratual imputável ao devedor), a legislação prevê distintos mecanismos para a tutela do credor. Isso suscita expressivas dúvidas a respeito do espectro de incidência dos remédios ao inadimplemento contratual, sobretudo em razão da circunstância de que certos mecanismos de tutela são previstos para algumas hipóteses de inadimplemento e não para outras.

A título puramente ilustrativo dos inúmeros questionamentos relevantes na matéria, imagine-se, inicialmente, uma relação paritária de prestação de serviço por força da qual um pintor se compromete a pintar certas paredes de um imóvel. Caso o pintor interrompa imotivadamente a sua atuação antes de iniciar a pintura da última parede, em princípio reconhecer-se-ia ao contratante inocente a prerrogativa de insistir na execução específica da inteira prestação devida, sem prejuízo de se cogitar da resolução do contrato (caso lograsse demonstrar a configuração de inadimplemento absoluto ou a presença do suporte fático de incidência de uma cláusula resolutiva expressa). Poderia o contratante inocente, contudo, alternativamente a tais prerrogativas, optar por promover a redução proporcional dos

---

contratos? Eu considero que é o sistema dos remédios contratuais: porque a verdadeira relevância, o sentido profundo da disciplina legal do contrato, não se manifesta nas situações fisiológicas nas quais o contrato nasce com normalidade e funciona com normalidade, mas sim nos casos em que seu modo de ser e de funcionar apresenta alguma patologia, quando o contrato padece de algum defeito ou perturbação que o convertem em um contrato problemático".

[9] Advirta-se que o emprego das expressões "credor" e "devedor", embora consagrado pela práxis, não afasta as premissas metodológicas adotadas neste trabalho quanto à complexidade subjetiva e objetiva da relação obrigacional. Com efeito, do ponto de vista subjetivo, reconhece-se a configuração da relação obrigacional a partir da contraposição não entre sujeitos necessariamente pré-determinados, mas entre centros de interesse que titularizam situações jurídicas subjetivas (v., por todos, PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 734); do ponto de vista objetivo, vislumbra-se a complexidade obrigacional, em superação do modelo estático de contraposição entre direito subjetivo e obrigação, em prol de uma percepção dinâmica da pluralidade de interesses e situações jurídicas integrantes do regulamento contratual (v., entre outros, LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 37; BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005, p. 28 e ss.; e SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006, *passim*).

[10] "A rica variedade de situações de inadimplemento, e as diversas classificações construídas pela doutrina em torno da noção, remetem à mais importante questão no campo da patologia obrigacional que é a de identificar os remédios, ou melhor, as soluções que o ordenamento jurídico disponibiliza à parte prejudicada com a inexecução da obrigação" (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado*. Volume IV: direito das obrigações. São Paulo: Atlas, 2008, p. 345-346).

honorários a serem pagos, com vistas a pagar apenas o montante que corresponda ao serviço efetivamente prestado?

A dificuldade inicial para uma resposta positiva a esse questionamento consiste essencialmente na ausência de previsão expressa acerca do cabimento de tal sorte de remédio (*redução proporcional da contraprestação*) seja na disciplina específica do contrato de prestação de serviço, seja em regras gerais que lhe fossem diretamente pertinentes. Diante dessa lacuna (aparente) na disciplina contratual, incumbe ao intérprete buscar no dado normativo a orientação a ser adotada. Nessa tarefa, o intérprete observará que o remédio da redução proporcional do preço tem seu cabimento reconhecido de modo expresso para *fattispecie* relativamente semelhantes: por exemplo, diante da entrega de imóvel com área inferior à prometida, no âmbito da compra e venda *ad mensuram* (CC, art. 500, *caput*);[11] diante do fornecimento de produto contendo vícios de qualidade ou de quantidade em relações de consumo (CDC, art. 18, § 1º, III, e art. 19, I),[12] bem como diante do fornecimento de serviço com vício de qualidade também em relações consumeristas (CDC, art. 20, III);[13] diante da entrega de mercadoria contendo vícios redibitórios no âmbito de relações domésticas (CC, art. 442);[14] e diante da entrega de mercadoria desconforme ao padrão prometido no âmbito de contratos de compra e venda internacional de mercadorias (CISG, art. 50).[15]

---

[11] CC, art. 500, *caput*: "Art. 500. Se, na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento da área, e, não sendo isso possível, o de reclamar a resolução do contrato ou abatimento proporcional ao preço. (...)".

[12] CDC, art. 18, § 1º, III, e art. 19, I: "Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. § 1° Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: (...) III - o abatimento proporcional do preço. (...)"; "Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - o abatimento proporcional do preço; (...)".

[13] CDC, art. 20, III: "Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: (...) III - o abatimento proporcional do preço. (...)".

[14] CC, art. 442: "Art. 442. Em vez de rejeitar a coisa, redibindo o contrato (art. 441), pode o adquirente reclamar abatimento no preço".

[15] CISG, art. 50: "Art. 50. Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, já tendo ou não sido pago o preço, o comprador poderá reduzir o preço proporcionalmente à diferença existente entre o valor das mercadorias efetivamente entregues, no momento da entrega, e o valor que teriam nesse momento mercadorias conformes ao contrato. Todavia, se o vendedor sanar qualquer descumprimento de suas obrigações, de acordo com o artigo 37 ou com o artigo 48, ou se o comprador negar-se a aceitar o cumprimento pelo vendedor, de acordo com os mencionados artigos, o comprador não poderá reduzir o preço". No item 1.1, *infra*, far-se-á

Imagine-se, ainda, que, no âmbito de relação paritária de compra e venda doméstica, o comprador venha a ser surpreendido pela existência de vícios ocultos que prejudicam consideravelmente o uso normal do bem.[16] Nessa hipótese, poderia o adquirente, ao invés de promover a resolução do contrato ou a redução proporcional do preço (ação redibitória e ação estimatória, respectivamente, asseguradas pelos arts. 441 e 442 do Código Civil),[17] exigir que o vendedor realize o reparo da coisa ou a substitua por outra de idênticos atributos? No âmbito de relação paritária de empreitada, caso o empreiteiro entregue a obra em desconformidade com as instruções do dono da obra ou com as pertinentes normas técnicas, poderia o dono da obra, ao invés de promover a resolução ou a redução proporcional do preço (com fulcro nos arts. 615 e 616 do Código Civil, respectivamente),[18] exigir que o empreiteiro realize os reparos necessários para a conformação da obra às instruções e às regras técnicas? No âmbito de relação paritária de prestação de serviço, caso o prestador execute o serviço de modo imperfeito, poderia o credor, ao invés de promover a resolução do contrato (na forma dos arts. 474 e 475 do Código Civil),[19] exigir a reexecução do serviço por parte do devedor?

Também para o deslinde de tais questões o intérprete enfrenta dificuldade inicial consistente na ausência de previsão legal expressa acerca do cabimento dos remédios cogitados (*reparo*, *substituição* e *reexecução*) nas hipóteses fáticas aventadas. Uma vez mais, portanto, impõe-se buscar no dado normativo a orientação a ser adotada. A partir dessa investigação, o intérprete observará que também esses *remédios conformativos* (noção com a qual se buscam reunir remédios convergentes quanto ao escopo de promover a adequação de prestações cumpridas de modo imperfeito, conforme desenvolvido no item 3.3, *infra*) poderiam vir a ter seu cabimento reconhecido de modo expresso pela legislação. Assim, por exemplo, no âmbito das relações de consumo há previsão expressa a respeito do cabimento do reparo e da substituição diante do fornecimento de produto contendo vícios de qualidade

---

menção ao contexto de elaboração da CISG (abreviação do nome em inglês da Convenção de Viena para Compra e Venda Internacional de Mercadorias) e à sua incorporação ao direito positivo brasileiro.

[16] Conforme demonstrado no item 2.2, *infra*, os vícios redibitórios constituem autêntica hipótese de inadimplemento contratual, sem embargo de alguns particulares aspectos do regime jurídico associado a tal *fattispecie*.

[17] CC, art. 441: "Art. 441. A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor. Parágrafo único. É aplicável a disposição deste artigo às doações onerosas".

[18] CC, arts. 615 e 616: "Art. 615. Concluída a obra de acordo com o ajuste, ou o costume do lugar, o dono é obrigado a recebê-la. Poderá, porém, rejeitá-la, se o empreiteiro se afastou das instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas em trabalhos de tal natureza"; "Art. 616. No caso da segunda parte do artigo antecedente, pode quem encomendou a obra, em vez de enjeitá-la, recebê-la com abatimento no preço".

[19] CC, arts. 474 e 475: "Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial"; "Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos".

(CDC, art. 18, *caput* e § 1º, I, e art. 19, III),[20] bem como a respeito do cabimento da reexecução diante do fornecimento de serviço com vício de qualidade (CDC, art. 20, I).[21] De modo similar, no âmbito da compra e venda internacional de mercadorias prevê-se expressamente o cabimento do remédio da substituição diante da entrega de mercadoria desconforme ao contratado (CISG, art. 46, n. 2).[22]

Em que pese a multiplicidade de exemplos fornecidos pelos direito positivo brasileiro quanto à previsão expressa do cabimento dos remédios em questão (o remédio da *redução proporcional da prestação* e os *remédios conformativos*), é possível cogitar, em multiplicidade quiçá mais expressiva, de hipóteses fáticas nas quais a operatividade dos mesmos remédios seria objeto de acentuada dúvida, em razão da ausência de previsão legal expressa a esse respeito. De fato, nas hipóteses em que os mencionados remédios não tenham sido regulados de modo expresso, subsiste dúvida a respeito da possibilidade ou não de expansão do espectro de incidência de tais remédios para além das hipóteses que já contem com previsão legal expressa.

Verifica-se, em síntese, que o direito brasileiro se caracteriza pela ausência de previsão legal expressa acerca do cabimento de certos remédios para determinadas hipóteses de inadimplemento que se afigurem funcionalmente similares (quiçá idênticas) a outras hipóteses para as quais os mesmos remédios tenham sido previstos. Tal circunstância desafia, ao menos

---

[20] CDC, art. 18, *caput* e § 1º, I, e art. 19, III: "Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. § 1° Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; (...)"; "Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: (...) III - a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios; (...)".

[21] CDC, art. 20, I: "Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;".

[22] CISG, art. 46, n. 2: "Art. 46. (...) (2) Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, o comprador poderá exigir a entrega de outras mercadorias em substituição, desde que a desconformidade constitua violação essencial do contrato e o pedido de substituição de mercadorias seja formulado no momento da comunicação da desconformidade a que se refere o artigo 39, ou dentro de um prazo razoável a contar desse momento. (...)". A propósito do conceito de *(des)conformidade*, central na sistemática da CISG, afirma a doutrina especializada: "No âmbito da CISG, o conceito de conformidade envolve tanto aspectos quantitativos como qualitativos, além de compreender também a forma de acondicionamento dos bens nas respectivas embalagens" (DELAMUTA, Maria Beatriz Rizzo. *Convenção de Viena e resolução contratual*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 105). Sobre o tema, v., ainda, por todos, MOURA, Bernard Potsch. *A CISG e a conformidade das mercadorias*: qualidade, quantidade e embalagem na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, *passim*.

em um primeiro olhar, um dos postulados mais caros à configuração do ordenamento jurídico – a *completude do ordenamento jurídico*.[23] De fato, tal dogma é posto em xeque em razão da constatação de lacunas aparentes (destacadamente quanto ao cabimento dos mecanismos de tutela) no âmago da disciplina dispensada aos remédios ao inadimplemento contratual.

Precisamente ao enfrentamento de tal situação-problema se dedica a presente tese, cuja hipótese norteadora consiste na possibilidade de expansão, por via analógica (axiologicamente orientada pelo princípio do equilíbrio contratual), do cabimento dos remédios ao inadimplemento contratual para além das hipóteses objeto de previsão legal expressa, com vistas à otimização da efetividade da tutela do interesse útil do credor frustrado pelo inadimplemento contratual. Afinal, perquirir a possibilidade de expansão do espectro de incidência dos remédios ao inadimplemento traduz essencialmente uma tentativa de colmatação de lacunas aparentes.

Em deferência ao postulado da completude do ordenamento jurídico, tais lacunas aparentes devem ser superadas a partir da análise das demais normas contidas no sistema jurídico, especificamente no âmbito da disciplina contratual. Nesse contexto, o amplo acolhimento do remédio da redução proporcional da contraprestação e dos remédios conformativos pelo direito positivo brasileiro (a ser objeto de análise mais detida no capítulo 3, *infra*) há de constituir, portanto, valioso parâmetro valorativo para a investigação a respeito da possibilidade de expansão do espectro de incidência de tais remédios para hipóteses em que o seu cabimento não tenha sido reconhecido de modo expresso pela legislação.

Justifica-se, por ensejo da enunciação da hipótese norteadora da presente tese, a explicitação de algumas advertências a respeito do recorte metodológico ora assumido. Em primeiro lugar, destaca-se que não estão abarcadas pelo escopo da presente tese as vicissitudes[24] não patológicas (como as causas de extinção da obrigação diversas do

---

[23] O dogma da completude do ordenamento jurídico, autêntica "condição necessária para o funcionamento do sistema", foi assim enunciado por Norberto Bobbio: "Frente ao problema da completude, se desejarmos um certo tipo de ordenamento jurídico como o italiano, caracterizado pelo princípio de que o juiz deve julgar cada caso mediante uma norma pertencente ao sistema, a completude é algo mais que uma exigência, é uma necessidade, quer dizer, é uma condição necessária para o funcionamento do sistema. A norma que estabelece o dever do juiz de julgar cada caso com base numa norma pertencente ao sistema não poderia ser executada se o sistema não fosse pressupostamente completo, quer dizer, com uma regra para cada caso. A completude é, portanto, uma condição sem a qual o sistema em seu conjunto não poderia funcionar" (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 117-118).

[24] "(...) os negócios jurídicos estão sujeitos a vicissitudes que lhes afetam a validade ou a eficácia, ocorridas ao tempo de sua celebração (nulidade, vício de vontade, vício oculto, lesão enorme) ou supervenientes a ela (impossibilidade, perda do interesse do credor em receber a prestação etc.)" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2004, p. 143-144). Para o desenvolvimento da análise das *vicissitudes supervenientes do contrato*, em oposição às *vicissitudes originárias*, com particular enfoque nas perspectivas de aplicação contemporânea da função negocial na matéria,

pagamento). Tampouco estão abarcadas pelo escopo desta tese as patologias inimputáveis ao devedor, sejam elas originárias (como as invalidades negociais) ou supervenientes (como a onerosidade excessiva e a impossibilidade superveniente fortuita).

Com efeito, a tese tem por objeto precípuo de análise uma particular patologia contratual superveniente (caracterizada por constituir uma circunstância de desequilíbrio imputável ao devedor, conforme destacado no item 2.2, *infra*) – o inadimplemento contratual. Desse modo, a menção a outras vicissitudes, inclusive a outras vicissitudes supervenientes não patológicas (comumente aglutinadas, ao lado do inadimplemento, sob o rótulo de *perturbações na relação obrigacional*)[25] se justifica apenas na medida em que contribuam para a investigação da análise a respeito da operatividade dos remédios a essa circunstância de incumprimento imputável ao devedor.

Assim, por exemplo, recorrer-se-á em determinados momentos do desenvolvimento da tese a algumas reflexões desenvolvidas a propósito de questões suscitadas pela eclosão da pandemia da Covid-19. Embora outros fenômenos tenham suscitado similar ordem de repercussão no meio acadêmico,[26] não se pode negar que a eclosão da pandemia do novo coronavírus renovou e redobrou a atenção da civilística para problemas relacionados a frustrações ao equilíbrio contratual, o que se associa até mesmo a uma circunstância linguística digna de nota – a crescente difusão da menção à expressão *perturbações na relação obrigacional* no contexto da pandemia da Covid-19.[27]

De todo modo, vale frisar, a tese tem por objeto precípuo de análise uma específica perturbação na relação obrigacional – o inadimplemento –, com vistas à investigação da

---

remete-se a SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*, a. 8, n. 2, p. 1-53, 2019, *passim* e, em especial, item 3.

[25] A expressão *perturbações na relação obrigacional* "(...) vem do alemão *Leistungsstörungen* (literalmente: perturbações na prestação) para agrupar um complexo de casos que impliquem a falta (no todo ou em parte) de cumprimento. A expressão é de origem doutrinária. No sistema anterior à reforma do BGB de 2002 o *Recht der Leistungsstörungen* (Direito da perturbação das prestações) incluía a impossibilidade, a mora e a violação positiva do contrato e, num sentido amplo, também a alteração das circunstâncias, os contratos com efeito protetor de terceiros e a *culpa in contrahendo*. A reforma de 2001/2002 adotou uma concepção ampla de perturbação das prestações, embora sem nomear a figura. Porém, deu novo tratamento à impossibilidade, retirando o seu caráter central, simplificando a distinção entre impossibilidade subjetiva e objetiva e tomando a impossibilidade pelas suas consequências – no parágrafo 275 –, a exclusão do dever de prestar" (MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao novo Código Civil. Volume V, Tomo II (arts. 389 a 420). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 285, nota de rodapé n. 388).

[26] Pense-se, por exemplo, na difusão dos estudos que tiveram por objeto a investigação das repercussões das Grandes Guerras Mundiais sobre os contratos. A propósito especificamente da II GGM, v., entre outros, KEGEL, Gerhard; RUPP, Hans; ZWEIGERT, Konrad. *Die Einwirkung des Krieges auf Verträge*: in der Rechtsprechung Deutschlands, Frankreichs, Englands und der Vereinigten Staaten von Amerika. Berlin: Walter de Gruyter, 1941, *passim*.

[27] V., por todos, MARTINS-COSTA, Judith; SILVA, Paula Costa e. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação*: estudo de direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020, *passim*.

hipótese consistente na possibilidade de expansão, por via analógica (axiologicamente orientada pelo princípio do equilíbrio contratual), do cabimento dos remédios ao inadimplemento contratual para além das hipóteses que já tenham sido objeto de previsão legal expressa. Para o mencionado desiderato, a tese é composta por três capítulos, concebidos para a investigação de cada um dos principais elementos constitutivos da hipótese sob exame, a saber: o papel do princípio do equilíbrio contratual na principiologia do direito dos contratos (capítulo 1, *infra*); os influxos dessa renovada compreensão do princípio do equilíbrio contratual sobre a compreensão do inadimplemento contratual no direito brasileiro (capítulo 2, *infra*); e, por fim, as repercussões dessa releitura do inadimplemento (à luz do princípio do equilíbrio contratual) sobre a expansão do espectro de incidência dos remédios ao inadimplemento contratual (capítulo 3, *infra*).

O primeiro capítulo investiga o efetivo sentido e escopo, no direito brasileiro, daquele que consiste no ora propugnado fundamento valorativo comum à disciplina dos remédios às patologias contratuais supervenientes, inclusive ao inadimplemento – o princípio do equilíbrio contratual, cujo desenvolvimento relativamente recente[28] não deve desaconselhar o esforço de

[28] De fato, a utilização da chave conceitual do *equilíbrio contratual* parece ser relativamente recente em termos históricos, de que constitui indício a circunstância de algumas das principais obras de referência da doutrina italiana, reconhecida pela tradição enciclopedista, não conterem qualquer verbete destinado especificamente ao *equilíbrio contratual* ("*equilibrio contrattuale*"). Tampouco há verbetes destinados especificamente à *justiça contratual* ("*giustizia contrattuale*") ou à equivalência ("*equivalenza*") – tampouco dentro de menções a *princípio* ou *princípios* ("*principio*", "*princìpi*") –, expressões que costumam se fazer presentes em estudos contemporâneos sobre a temática do equilíbrio contratual. A circunstância ora identificada está presente, por exemplo, nas seguintes obras: (i) *Digesto Italiano* (SAREDO, Giuseppe; LUCCHINI, Luigi (*Commendatori*). *Il Digesto Italiano*: enciclopedia metodica e alfabetica di legislazione, dottrina e giurisprudenza. Vol. X (intervalo *ebrei-expromisso*). *Ristampa stereotipa*. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1926; SAREDO, Giuseppe; LUCCHINI, Luigi (*Commendatori*). *Il Digesto Italiano*: enciclopedia metodica e alfabetica di legislazione, dottrina e giurisprudenza. Vol. XII (intervalo *gabelle-hospitum*). Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1904; e SAREDO, Giuseppe; LUCCHINI, Luigi (*Commendatori*). *Il Digesto Italiano*: enciclopedia metodica e alfabetica di legislazione, dottrina e giurisprudenza. Vol. XIX (intervalo *poste-priore*). Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1884); (ii) *Nuovo Digesto Italiano* (D'AMELIO, Mariano (*a cura di*). *Nuovo Digesto Italiano*. Vol. V (intervalo *dis-fil*). Torino: UTET, 1938; D'AMELIO, Mariano (*a cura di*). *Nuovo Digesto Italiano*. Vol. VI (intervalo *fin-inten*). Torino: UTET, 1938; e D'AMELIO, Mariano (*a cura di*). *Nuovo Digesto Italiano*. Vol. X (intervalo *pos-reb*). Torino: UTET, 1939); (iii) *Novissimo Digesto Italiano* (AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (*diretto da*). *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. VI (intervalo *dit-fall*). 3. ed. Torino: UTET, 1960; AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (*diretto da*). *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. VII (intervalo *fals-go*). 3. ed. Torino: UTET, 1961; e AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (*diretto da*). *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. XIII (intervalo *pet-proc*). Torino: UTET, 1966); (iv) *Enciclopedia Forense* (AZZARITI, Gaetano; BATTAGLINI, Ernesto; SANTORO-PASSARELLI, Francesco (*diretta da*). *Enciclopedia Forense*. Vol. III (intervalo *d-g*). Milano: Francesco Vallardi, 1958; AZZARITI, Gaetano; BATTAGLINI, Ernesto; SANTORO-PASSARELLI, Francesco (*diretta da*). *Enciclopedia Forense*. Vol. III (intervalo *d-g*). Milano: Francesco Vallardi, 1958; e AZZARITI, Gaetano; BATTAGLINI, Ernesto; SANTORO-PASSARELLI, Francesco (*diretta da*). *Enciclopedia Forense*. Vol. V (intervalo *n-p*). Milano: Francesco Vallardi, 1960); (v) *Enciclopedia del Diritto* (SANTORO-PASSARELLI, Francesco (*Direttore*). *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XV (intervalo *entr-esto*). [Milano]: Giuffrè, 1966; SANTORO-PASSARELLI, Francesco (*Direttore*). *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XIX (intervalo *giunta-igi*). [Milano]: Giuffrè, 1970; e SANTORO-PASSARELLI, Francesco (*Direttore*.). *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XXXV (intervalo *prer-proc*). [Milano]: Giuffrè, 1986); e (vi) *Enciclopedia Giuridica* (PARADISI, Bruno (*Direttore*). *Enciclopedia Giuridica*. Vol. XII (intervalo *dog-ere*). Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana,

depuração conceitual pela doutrina.[29] Para tanto, investigam-se as potencialidades e limites das formulações tradicionais a respeito do princípio em comento para a explicitação do efetivo papel do equilíbrio contratual na principiologia do direito contratual contemporâneo. Passam-se em revista aquelas que podem ser compreendidas como a formulação autorreferenciada (item 1.1, *infra*) e a formulação heterorreferenciada (item 1.2, *infra*) do equilíbrio contratual, o que permite identificarem-se as limitações de cada qual dessas formulações tradicionais para a compreensão da fenomenologia do equilíbrio contratual no direito brasileiro (item 1.3, *infra*).

O segundo capítulo investiga as repercussões da adoção de uma renovada perspectiva em matéria de equilíbrio contratual sobre o sistema de remédios ao inadimplemento. Tal análise se inicia a partir da investigação da possibilidade de configuração do princípio do equilíbrio contratual a partir de uma análise funcional da obrigatoriedade dos pactos, a conduzir ao reconhecimento de uma (dinâmica) principiologia de proteção do programa contratual (item 2.1, *infra*). Na sequência, investiga-se a possibilidade de qualificação do inadimplemento como circunstância de desequilíbrio contratual imputável ao devedor, a repercutir não apenas na configuração do inadimplemento, mas sobretudo na explicitação do tratamento fragmentário e assistemático dispensado pelo direito brasileiro aos remédios ao inadimplemento contratual (item 2.2, *infra*). Das premissas a serem até então sedimentadas emerge a necessidade de busca pela superação do aludido caráter fragmentário e assistemático da disciplina dispensada aos remédios ao inadimplemento, questão para cujo equacionamento propõe-se a adoção de uma perspectiva remedial, capaz de flexibilizar e otimizar os mecanismos de tutela das situações jurídicas subjetivas (item 2.3, *infra*).

O terceiro e derradeiro capítulo investiga as perspectivas de expansão do espectro de incidência de alguns remédios ao inadimplemento contratual. A análise, sempre orientada pela busca por cânones interpretativos no próprio direito positivo, pauta-se, em primeiro lugar, no reconhecimento de que o raciocínio conduzido na tese leva à confirmação da hipótese norteadora do estudo, com a identificação da aptidão da propugnada perspectiva remedial para conduzir ao reconhecimento da não taxatividade das hipóteses de incidência dos remédios ao inadimplemento contratual (item 3.1, *infra*). Ilustram as perspectivas práticas de aplicação

---

[1991]; PARADISI, Bruno (*Direttore*). *Enciclopedia Giuridica*. Vol. XV (intervalo *garanzie-impe*). Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, [1991]; e PARADISI, Bruno (*Direttore*). *Enciclopedia Giuridica*. Vol. XXIV (intervalo *prelievi-proposta*). Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, [1991]).

[29] A ressaltar a importância do estudo dos conceitos, afirma-se: "A finalidade dos conceitos jurídicos é a de ensejar a aplicação de normas jurídicas. Eles não são usados para definir essências, mas sim para permitir e viabilizar a aplicação de normas jurídicas" (GRAU, Eros Roberto. Comentário ao artigo 170, *caput*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1.788).

desse raciocínio duas espécies de remédios, que têm em comum a circunstância de serem reconhecidos de modo expresso em diversas previsões legais, porém ainda sem a necessária generalização para a sua plena operatividade na tutela do interesse do credor frustrado pelo inadimplemento. Trata-se da revisão contratual na modalidade de redução proporcional da contraprestação (item 3.2, *infra*) e dos remédios conformativos (notadamente, o reparo, a substituição e a reexecução), estes últimos convergentes entre si quanto ao escopo de conformação de prestações cumpridas de modo imperfeito (item 3.3, *infra*).

Subjaz à presente empreitada a importância central da atuação do intérprete-aplicador do direito para a definição de qual vem a ser, à luz das vicissitudes de cada caso concreto, o justo remédio ("*giusto rimedio*"),[30] ou seja, o remédio adequado à proteção dos interesses concretamente reputados merecedores de tutela pela ordem jurídica. A menção não casual ao *merecimento de tutela*[31] se presta, em boa hora, a explicitar o principal marco teórico sobre o qual se desenvolve a presente tese – a metodologia do direito civil-constitucional, tal como propugnada por Pietro Perlingieri[32] e desenvolvida no direito brasileiro a partir das lições pioneiras de Gustavo Tepedino[33] e Maria Celina Bodin de Moraes,[34] tendo desfrutado de amplo acolhimento na comunidade acadêmica nacional, em especial no âmbito da Faculdade

[30] Eis a pertinente expressão presente na lição de PERLINGIERI, Pietro. Il "giusto rimedio" nel diritto civile. *Il Giusto Processo Civile*, n. 1, p. 1-23, 2011, *passim*. O autor assevera: "*Lungi dall'aderire a logiche formaliste, la ricerca della misura più adeguata deve incentrarsi sull'interesse giuridicamente rilevante: ocorre, insomma, privilegiare non la declamazione dei diritti, ma 'l'effettività delle soluzioni concretamente offerte dall'ordinamento di fronte alla violazione di uno specifico interesse'*" (Ibid., p. 4). Em tradução livre: "Longe de aderir a lógicas formalistas, a busca pela medida mais adequada deve concentra-se sobre o interesse juridicamente relevante: é necessário, em suma, privilegiar não a declamação dos direitos, mas a efetividade das soluções concretamente oferecidas pelo ordenamento diante da violação a um específico interesse".

[31] Para o desenvolvimento da premissa metodológica relativa à incidência do juízo valorativo de merecimento de tutela sobre os atos de autonomia privada, remete-se a SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, a. 15, vol. 58, p. 75-107, abr.-jun./2014, *passim*.

[32] Vale destacar, em especial, PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*. 3. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, *passim*. A obra encontra-se traduzida ao vernáculo em PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., *passim*.

[33] Entre as obras precursoras, remete-se a TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 5, p. 23-59, 1997, *passim*. O pioneirismo e a destacada influência da vertente teórica de constitucionalização do direito civil se fizeram presente no próprio processo legislativo de elaboração da Constituição Federal de 1988, como se depreende, por exemplo, de TEPEDINO, Gustavo. Pelo princípio da isonomia substancial – notas sobre a "função promocional do direito". *Atualidades Forense*, n. 112, p. 30-35, 1987, *passim*. Uma análise sobre o estágio atual das reflexões a respeito do direito civil-constitucional é fornecido pelo autor em TEPEDINO, Gustavo. Notas esparsas sobre o direito civil na legalidade constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCO, Maria Cristina De; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (Coord.). *Direito civil na legalidade constitucional*: algumas aplicações. Indaiatuba: Foco, 2021, *passim*.

[34] Destaca-se, em especial, MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, a. 17, p. 21-32, jul.-set./1993, *passim*.

de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.[35] Ainda no que tange ao aspecto metodológico, cumpre ressaltar que a presente tese adota o método lógico-dedutivo, a partir de pesquisa eminentemente bibliográfica,[36] tendo por objeto de análise o direito brasileiro, sem escopo comparatista.[37]

Um retomar de olhos para a mencionada busca pelo "*giusto rimedio*" a ser ofertado ao credor diante do inadimplemento contratual impõe uma ulterior advertência de índole metodológica, a respeito do recorte temático ora adotado. Diante da miríade de questões relacionadas, em maior ou menor medida, à temática dos remédios ao inadimplemento contratual, não seria de surpreender que o estudioso se sentisse instigado a perquirir os mais

[35] A título puramente ilustrativo desse amplo acolhimento da metodologia civil-constitucional, v., por todos, SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 48, p. 3-26, 2011, *passim*; KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, vol. 60, n. 1, p. 193-213, jan.-abr./2015, *passim*; SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 10, p. 9-27, out.-dez./2016, *passim*; SOUZA, Eduardo Nunes de. Índices da aderência do intérprete à metodologia do direito civil-constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 41, p. 1-41, 2022, *passim*; MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCO, Maria Cristina De; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (Coord.). *Direito civil na legalidade constitucional*: algumas aplicações. Indaiatuba: Foco, 2021, *passim*.

[36] Vale destacar que também o recurso a fontes jurisprudenciais se faz presente, em determinados pontos da tese, no intuito de ilustração do estado da arte e, de modo ainda mais frequente, no intuito de ilustração de algumas aplicações concretas dos remédios ao inadimplemento na práxis nacional. A pesquisa jurisprudencial não remonta, contudo, ao núcleo da técnica adotada para o desenvolvimento da presente tese.

[37] Em atenção ao recorte metodológico ora explicitado, a tese lança mão da análise de alguns aspectos da experiência de sistemas jurídicos estrangeiros na medida em que tal cotejo se justifique para o aprimoramento da reflexão acerca do sistema jurídico nacional: "A comparação jurídica, isto é, o procedimento cognitivo por confronto de experiências próprias e alheias, nos torna cientes de que a própria é somente uma das muitas experiências possíveis (...) Deve-se distinguir o ordenamento da sobreposição mental do intérprete ou do operador do direito. A experiência comparativa sugere uma saída: a exata individuação dos problemas. Sem se limitar a criticar as soluções encontradas por outros, deve-se perguntar se é possível expor os problemas nos mesmos termos em que se apresentavam anos atrás e, no caso de resposta negativa, se as soluções já individuadas por outros ainda podem ser adotadas" (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 139). Trata-se, com efeito, de postura consentânea com o preliminar reconhecimento não apenas da historicidade, mas também da relatividade dos conceitos e institutos jurídicos, premissas de todo caras à metodologia civil-constitucional. A propósito, v., por todos, KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos iniciais sobre a contingencialidade dos institutos de direito civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coords.). MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Org.). *Direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, *passim*. A partir de tais premissas, o cotejo com experiências estrangeiras se implementa ora com finalidade meramente enunciativa de possíveis exemplos ou inspirações para o direito brasileiro (sobretudo no que diz respeito a experiências úteis colhidas de legislações estrangeiras), ora com finalidade de auxílio à compreensão de temas nos quais a experiência brasileira tenha sido particular e diretamente influenciada por experiências estrangeiras. Espera-se que tal ordem de cotejo com a experiência estrangeira possa ter sido desenvolvida sem desconformidade com as premissas metodológicas que haveriam de nortear um trabalho que, diversamente do presente, se propusesse de modo direto ao desenvolvimento de uma análise estritamente de Direito Comparado, cujos postulados são objeto de detida análise pela doutrina especializada. A propósito, v., por todos, LEME, Lino de Morais. *Direito civil comparado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1962, *passim*; CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de direito comparado*: introdução ao direito comparado. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, *passim*; SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Trad. Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, *passim*; VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado*. Volume I. 3. ed. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2016, *passim*; ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao direito comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017, *passim*.

variados aspectos relevantes para a delimitação do completo regime jurídico pertinente à disciplina dos remédios ao inadimplemento.

Em que pese a premência das reflexões também a respeito de inúmeros temas correlatos, cumpre advertir que tal desiderato escapa ao objetivo precípuo da presente tese, a qual não pretende propor uma sistematização geral do regime jurídico relativo aos remédios ao inadimplemento. Em realidade, como já se pôde destacar, a presente tese é orientada pela hipótese consistente na possibilidade de expansão do espectro de incidência dos remédios ao inadimplemento, com vistas à otimização da efetividade da tutela do interesse útil do credor frustrado pelo inadimplemento contratual. Poder-se-ia dizer, em imagem metafórica, que a tese não busca "fechar" o sistema de remédios ao inadimplemento, mas, muito ao revés, "abri-lo" (no que diz respeito ao espectro de cabimento dos remédios) à luz do próprio dado normativo brasileiro, no esforço de demonstrar como o princípio do equilíbrio contratual oxigena o sistema de remédios ao inadimplemento, o qual tradicionalmente se caracteriza por ser eminentemente estruturalista e fragmentário.

Não parece inoportuno afirmar que, ao se afastar de eventual pretensão de sistematização rígida do sistema de remédios ao inadimplemento, a tese igualmente finda por se afastar das limitações associadas à natural falibilidade do próprio legislador e da técnica regulamentar.[38] Afinal, apenas à luz das vicissitudes do caso concreto é que se pode perquirir o *justo* e *efetivo* remédio, sem perder de vista o norte inarredável consistente no direito positivo.[39] Assim, sem embargo da importância central dos cânones extraídos do dado

[38] Não por acaso, assiste-se, contemporaneamente, à difusão das cláusulas gerais, em oposição à técnica legislativa regulamentar: "Ao lado da técnica de legislar com normas regulamentares (ou seja, através de previsões específicas e circunstanciadas), coloca-se a técnica das cláusulas gerais. Legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato" (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 27). Para uma mais detida análise da técnica legislativa das cláusulas gerais em oposição àquela regulamentar, v., por todos, RODOTÀ, Stefano. Il tempo delle clausole generali. *Rivista Critica del Diritto Privato*, p. 709-733, 1987, *passim*; e PERLINGIERI, Pietro. Legal Principles and Values. *The Italian Law Journal*, vol. 3, n. 1, p. 125-147, 2017, p. 140-144. A propósito, reconhece-se que uma das principais características metodológicas do vigente Código Civil brasileiro é "[a] adoção da técnica das cláusulas gerais, ao lado da técnica regulamentar, como resultado de um processo de socialização das relações patrimoniais" (TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional*: Parte Geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 4). Para uma análise da discussão, antecedente à promulgação do Código Civil de 2002, acerca da técnica legislativa a ser predominantemente utilizada, v. GONDINHO, André Osorio. Codificação e cláusulas gerais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 2, p. 3-25, abr.-jun./2000, *passim*.

[39] Com efeito, tendem a ser plurais e variados os possíveis mecanismos de tutela idôneos à satisfação do interesse reputado merecedor de tutela em cada caso concreto: "(...) *la medesima esigenza può trovare soddisfazione mediante soluzioni diverse secondo la valutazione di convenienza guidata dalle peculiarità del caso specifico*" (PERLINGIERI, Pietro. Il "giusto rimedio" nel diritto civile, cit., p. 5). Nesse sentido, o autor destaca "(...) *la fallacia della logica della fattispecie astratta e del meccanismo della sussunzione, offrendo spazio alle specificità della fattispecie concreta* (...)" (PERLINGIERI, Pietro. Il "giusto rimedio" nel diritto civile, cit., p. 6). Em tradução livre: "(...) a mesma exigência pode encontrar satisfação mediante soluções diversas segundo a valoração de conveniência guiada pelas peculiaridades do caso específico"; "(...) a falácia da

normativo, a construção de um sistema de remédios ao inadimplemento depende necessariamente da possibilidade de sua modulação pelo julgador no caso concreto, a renovar diuturnamente "a importância de uma atividade hermenêutica sempre atenta a individuar a conexão (...) entre remédios e interesses".[40] Eis, em síntese essencial, o desiderato ao qual se espera que a presente tese possa fornecer contributos úteis.

lógica da *fattispecie* abstrata e do mecanismo da subsunção, oferecendo espaço às especificidades da *fattispecie* concreta".

[40] "*Emerge pertanto la necessità di un legislatore più rigoroso, meno lunatico e, al contempo, l'importanza di un'attività ermeneutica sempre attenta ad individuare la connessione tra tecniche e ideologie, tra rimedi e interessi. Da qui deve ripartire il giurista, il quale non deve limitarsi a costruire concetti e categorie, né limitarsi alla analisi esegetica, ma deve rispondere alle esigenze della società civile, anche superando con ragionevolezza le sempre piú frequenti incertezze legislative*" (PERLINGIERI, Giovanni. Alla ricerca del 'giusto rimedio' in tema di certificazione energetica. A margine di un libro di Karl Salomo Zachariae. *Rassegna di Diritto Civile*, n. 2, p. 661-672, 2011, p. 671). Em tradução livre: "Emerge, portanto, a necessidade de um legislador mais rigoroso, menos lunático e, ao mesmo tempo, a importância de uma atividade hermenêutica sempre atenta a individuar a conexão entre técnicas e ideologias, entre remédios e interesses. Daqui deve partir o jurista, o qual não deve se limitar a construir conceitos e categorias, nem se limitar à análise exegética, mas deve responder às exigências da sociedade civil, também superando razoabilidade as incertezas legislativas sempre mais frequentes".

1. O PAPEL DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL NA PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO DOS CONTRATOS

A hipótese central norteadora da presente tese consiste, como já explicitado, na admissibilidade da expansão do espectro de incidência dos remédios ao inadimplemento, a partir de interpretação analógica pautada na identidade valorativa em torno da atuação do princípio do equilíbrio contratual. Tal investigação não se poderia perfazer, contudo, sem a prévia definição sobre (i) o sentido e o alcance do princípio do equilíbrio contratual e, subsequentemente, (ii) a possibilidade ou não de qualificação do inadimplemento contratual à luz da acepção atribuída ao referido princípio. Precisamente a esses propósitos se dedicam, respectivamente, o presente e o subsequente capítulos.

No que diz respeito à primeira das questões ora aventadas – objeto central do presente capítulo –, incumbe registrar que o presente estudo não tem propriamente o escopo de investigar a existência ou não de um princípio do equilíbrio contratual no direito brasileiro. Adotam-se como premissas teóricas, em realidade, o reconhecimento da presença do referido princípio no ordenamento jurídico pátrio[41] e a assunção de que tal princípio (consistente,

[41] "Cumpre destacar que, dos três novos princípios desenvolvidos pela teoria contratual contemporânea, evidencia-se déficit no tratamento legislativo, doutrinário e jurisprudencial do equilíbrio das prestações em relação a seus congêneres boa-fé objetiva e função social. O fato de o Código Civil não ter abordado explicitamente o equilíbrio não exclui a importância do princípio na economia dos contratos (...)" (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme. Fontes e evolução do princípio do equilíbrio contratual. *Pensar*, vol. 21, n. 2, p. 389-410, maio-ago./2016, p. 390-391). Ainda no sentido do reconhecimento da consagração do princípio do equilíbrio contratual com autonomia dogmática no direito brasileiro, v., por todos, SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018, capítulo I; e TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Contratos: Teoria Geral. In: TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Volume 3: Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 52-53. Em sentido similar, v. MIRAGEM, Bruno. *Direito civil*: direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 144-147; e ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do equilíbrio contratual*. São Paulo: Saraiva, 2012, *passim*. Vale destacar que o reconhecimento do princípio do equilíbrio contratual convive com expressivo dissenso doutrinário acerca do escopo de tal princípio. A ilustrar a defesa da atribuição de caráter contido ao princípio do equilíbrio contratual, negando-se-lhe verdadeira autonomia dogmática, afirma-se: "Embora o Ordenamento acolha todas essas hipóteses legais concretizadoras do equilíbrio contratual, não há um princípio geral de modificabilidade do contrato com causa no desequilíbrio. Dito de outro modo: não há um princípio do equilíbrio com caráter geral, mas há institutos que preveem soluções para situações pontuais de desequilíbrio. (...) Sendo implícito e não acolhido em cláusula geral o princípio do equilíbrio, a sua concretização no âmbito das relações regias pelo Código Civil se dá, portanto, por meio de institutos e de regras que precisam o seu conteúdo (ainda que de modo vago, utilizando termos semanticamente abertos, como 'lesão' e 'excessiva onerosidade superveniente' ou 'imprevisibilidade') e fixam os seus requisitos e condições de incidência" (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 650-651); em sentido similar, v. MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Revisão contratual*: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa. São Paulo: Almedina, 2020, p. 41. A divergência verificada em doutrina não desaconselha (ao revés, reclama) o desenvolvimento das reflexões sobre o escopo do princípio do equilíbrio contratual, tarefa à qual se dedicam os itens subsequentes deste estudo.

portanto, em *mandado de otimização*)[42] busca promover a máxima concretização do valor consagrado na sua própria denominação – o *equilíbrio contratual*.[43] Resta carente de perquirição, naturalmente, o sentido a ser atribuído a tal valor (o equilíbrio contratual) promovido pelo princípio homônimo, de modo a se afastar a "invocação genérica", que "prejudica a normatividade do princípio".[44]

A partir de tais premissas, pode-se enfrentar diretamente o questionamento norteador dos dois primeiros itens deste capítulo: o equilíbrio contratual consiste em *parâmetro* para a aferição da legitimidade do contrato concretamente entabulado pelas partes ou em *produto* do próprio programa contratual?[45] Longe de sutil, a distinção pode ser ilustrada pela diferenciação quanto ao próprio uso dos adjetivos *equilibrado* e *desequilibrado*. De uma parte, à luz de uma compreensão do princípio do equilíbrio como parâmetro de valoração do contrato, este último poder-se-á dizer *equilibrado* ou *desequilibrado*, conforme atenda ou não, respectivamente, ao ideal de *equilíbrio* tomado como paradigma. De outra parte, à luz de uma compreensão do princípio do equilíbrio como mandado de otimização do programa

[42] Adota-se, no presente estudo, a compreensão de que os princípios jurídicos consistem em *mandados (mandamentos ou comandos) de otimização*, que visam à promoção dos valores neles plasmados na maior medida possível, sem uma predeterminação dos meios necessários a tal desiderato. Assim leciona Robert Alexy: "O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas" (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90). V., do mesmo autor, ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n. 4, p. 572-581, 2005, p. 573. V., ainda, na doutrina brasileira, BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 209 e ss.; e BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2020, p. 36-37. No que diz respeito ao *princípio do equilíbrio contratual*, a questão a demandar atenção reside não propriamente na enunciação do valor a ser otimizado (o *equilíbrio contratual*), mas sim na compreensão do seu efetivo substrato normativo, tarefa à qual se dedicam os itens componentes do primeiro capítulo do presente estudo.

[43] "O que releva, portanto, para a análise aqui empreendida, é identificar se há, por trás do chamado princípio do equilíbrio contratual, um valor cuja máxima realização seja imposta pela ordem jurídica brasileira. Para tanto, compete enfrentar outra definição talvez ainda mais tormentosa que aquela relativa aos princípios: a definição do próprio equilíbrio contratual" (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 45-46).

[44] KONDER, Carlos Nelson; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. O equilíbrio contratual nas locações em *shopping center*: controle de cláusulas abusivas e a promessa de loja âncora. *Scientia Iuris*, vol. 20, n. 3, p. 176-200, nov./2016, p. 178.

[45] A elucidar que o conteúdo do *programa contratual* deve ser apreendido a partir da análise funcional do contrato, leciona Pietro Perlingieri: "O ato e o negócio jurídico exprimem um programa, um regulamento de interesses a ser traduzido em efeitos, isto é, em situações subjetivas. Identificar a função significa considerar seja a composição inicial dos interesses, seja a composição final. A realidade preexistente ao fato – considerada juridicamente – já é um tecido de situações subjetivas: sobre estas o fato incide com a sua força inovadora, modificando, extinguindo ou criando novas situações. A análise funcional do fato é completa quando, além do ponto de chegada (determinação das situações subjetivas programadas no ato: eficácia), leva-se em consideração também, e preliminarmente, o ponto de partida (o estado inicial dos interesses consolidados nas situações subjetivas preexistentes ao fato)" (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 643).

contratual, sequer se colocaria a preocupação em se julgar *equilibrado* ou *desequilibrado* o contrato; em realidade, o *equilíbrio* seria um *prius* cuja otimização se imporia por força do princípio em questão.

Trata-se, em suma, de investigar o papel a ser efetivamente desempenhado pelo princípio do equilíbrio na teoria contratual contemporânea. Para tanto, afigura-se imprescindível a análise detida das principais formulações consagradas na doutrina brasileira acerca da compreensão do equilíbrio contratual. Espera-se que o desenvolvimento desse percurso permita, ao final do capítulo, a identificação das insuficiências de tais formulações tradicionais, para que, na sequência do raciocínio, se possa sedimentar uma base teórica para a compreensão do sentido do princípio do equilíbrio contratual no direito brasileiro, capaz de congregar as virtudes e afastar as limitações de cada uma das tradicionais formulações na matéria.

1.1. "Quem diz contratual, diz justo": a formulação autorreferenciada do equilíbrio contratual

A doutrina contratual se desenvolve historicamente em torno do secular embate entre a proclamação de uma *liberdade* contratual plena (ou o mais maximizada possível) e a busca por *justiça* material nos contratos (em especial, quanto ao seu elemento objetivo). Em meio a esse embate, assume particular destaque a noção de equilíbrio contratual, sobretudo em razão da difusão dessa chave conceitual por lavra da doutrina empenhada na formulação de uma renovada teoria contratual, distinta daquela consagrada pelo modelo liberal clássico. Com efeito, o crescimento da preocupação com o estudo sobre o que deveria vir a ser considerado o equilíbrio dos contratos parece estar diretamente associado ao contexto de propagação da crítica à teoria contratual clássica, o que justifica que se inicie a investigação por uma tentativa de se compreender a configuração do equilíbrio contratual à luz do paradigma liberal clássico.

Com base em tal percepção, passa-se a uma análise do embate teórico entre os principais paradigmas que influenciaram a civilística brasileira em matéria contratual. O exame ora proposto não se destina a um relato de avulsas formulações teóricas, mas sim à inquirição acerca do sentido atribuído à noção de *equilíbrio contratual* e ao correlato (e homônimo) princípio. De posse de tal compreensão da matéria, almeja-se investigar a adequação e a utilidade da formulação corrente do *princípio do equilíbrio contratual* na

doutrina contemporânea. Todo esse raciocínio pressupõe, por certo, um claro entendimento sobre as premissas da teoria contratual clássica mais diretamente atacadas no contexto da enunciação de uma teoria contratual contemporânea.

Como se sabe, o desenvolvimento da teoria contratual clássica, tal como atualmente compreendida, se associa ao contexto histórico de transição entre a Idade Moderna e a Idade Contemporânea.[46] Não por acaso, pode-se notar que o marco usualmente adotado para a divisão entre os referidos períodos históricos é o início da Revolução Francesa,[47] origem da ascensão ao poder de Napoleão Bonaparte, autoproclamado entusiasta[48] do diploma legislativo que viria a se tornar o mais emblemático paradigma do pensamento jurídico subjacente à teoria contratual clássica – o *Code civil* francês de 1804[49] (também conhecido por suas antigas denominações *Code civil des français* e *Code Napoléon*).[50]

---

[46] Ao propósito, remete-se à análise desenvolvida por NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 24 e ss.

[47] Assim relata, em tom crítico, NAPOLITANO, Marcos. Pensando a estranha história sem fim. In: KARNAL, Leandro (Org.). *História na sala de aula*: conceitos, práticas e propostas. São Paulo: Contexto, 2007, p. 163-184. Registre-se, por oportuno, a existência de acentuada controvérsia acerca da revisitação do mérito de tal periodização, ou mesmo acerca da própria conveniência da divisão da história em idades. A propósito, remete-se a GOFF, Jacques Le. *Must we divide history into periods?*. New York: Columbia University Press, 2015, p. 105 e ss.

[48] Napoleão Bonaparte teria proclamado, durante seu derradeiro exílio em Sainte-Hélène: "*Ma vraie gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles; Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires; ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code Civil*". Em tradução livre: "Minha verdadeira glória não é ter vencido quarenta batalhas; Waterloo apagará a memória de tantas vitórias; aquilo que nada apagará, e que viverá eternamente, é o meu Código Civil". Assim relatam, entre outros, HESSELINK, Martijn W. *The Politics of a European Civil Code*. In: HESSELINK, Martijn W (Org.). *The Politics of a European Civil Code*. The Hague: Kluwer Law International, 2006, p. 153; e LACOUR-GAYET, G. *Napoléon*: sa vie, sa ouvre, son temps. Paris: Hachette, 1921, p. 120. O relato também pode ser encontrado, conquanto com pontuais diferenças na composição da fala de Napoleão, em GUILLOIS, Antoine. *Napoléon*: l'homme, le politique, l'orateur. *Tome Deuxième*. Paris: Didier, 1889, p. 164. Os últimos diálogos de Napoleão foram relatados (e, muitas vezes, transcritos) por Emmanuel-Augustin-Dieudonné-Joseph (conhecido como Emmanuel, conde de Las Cases – "*Emmanuel, comte de Las Cases*", no original francês) na sua célebre obra *Le Mémorial de Sainte-Hélène*: journal de la vie privée et des conversations de l'empereur Napoléon à Sainte Hélène, publicada independentemente pelo próprio autor em Paris a partir de 1823. O primeiro volume da obra encontra-se disponível em: https://archive.org/details/mmorialdesaint01lasc/page/n6. Acesso em 15/1/2020.

[49] A propósito do caráter paradigmático do *Code civil* francês de 1804 para a estruturação da noção de *direito civil moderno* na tradição da Europa continental, v., por todos, LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 58-60; SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Trad. Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 259 e ss.; FACCHINI NETO, Eugênio. *Code civil* francês: gênese e difusão de um modelo. *Revista de Informação Legislativa*, a. 50, n. 198, p. 59-88, abr./jun. 2013, *passim*. Para um relato da influência do modelo (estrutural e filosófico) francês especificamente sobre o *Codice Civile* italiano de 1865 [antecessor do atual diploma de 1942], v. SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Libertà e autorità nel diritto civile*: altri saggi. Padova: CEDAM, 1977, p. 18 e ss.; e OSTI, Giuseppe. Contratto. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Coord.). *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. IV. 3. ed. Torino: UTET, 1959, p. 478.

[50] O histórico da denominação do diploma é sintetizado por Eugênio Facchini Neto: "Os projetos parciais foram todos reunidos e promulgados em forma de lei única, em 31 de março de 1804, com o nome de *Code Civil des Français*. Pouco mais de mês e meio depois da promulgação do Código, mais precisamente em 18 de maio de 1804, Napoleão Bonaparte foi proclamado imperador dos franceses, com o nome de Napoleão I. Mediante decreto imperial, em 3 de setembro de 1807 foi determinada uma segunda edição do *Code*, introduzindo algumas mudanças devidas ao fato da transformação da França, de República a Império. Nessa segunda edição, o nome do Código foi alterado para *Code Napoléon*. Com a derrota e queda de Napoleão e a restauração da monarquia,

O *Code civil* – assim como os demais Códigos de similar inspiração, como o Código Civil alemão (BGB, acrônimo de *Bürgerliches Gesetzbuch*)[51] e o próprio Código Civil brasileiro de 1916 –[52] foi informado pelos postulados caros ao contexto juspolítico da época da Revolução Francesa (e, de modo geral, da Europa continental na transição do século XVIII para o XIX), notadamente o liberalismo político,[53] o racionalismo,[54] o individualismo[55] e a

---

uma nova edição do Código foi determinada em 1816, retornando-se ao nome originário. Todavia, por decreto imperial de 27 de março de 1852, Napoleão III, em homenagem ao seu tio, novamente restaurou o nome *Code Napoléon*. Ainda que esse último decreto nunca tenha sido formalmente revogado, desde 1870 – com o desaparecimento do Segundo Império e a proclamação da Terceira República – é certo que o uso cotidiano e legislativo consagrou a denominação *Code Civil*, como ele até hoje é conhecido" (FACCHINI NETO, Eugênio. *Code civil* francês, cit., p. 68).

[51] Para uma análise do modelo liberal do BGB, v., por todos, LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. München: C. H. Beck, 1997, p. 34 e ss.

[52] V., por todos, TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Contratos: Teoria Geral. In: TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Volume 3: Contratos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 136. Não por acaso, a Exposição de Motivos do Ministro da Justiça (Armando Falcão) que acompanhou a remessa do Projeto de Lei n. 634/1975 ao Congresso Nacional aludia à necessidade de atualização do Código Civil então vigente (o de 1916), "para superar os pressupostos individualistas que condicionaram a sua elaboração" (In: *Novo Código Civil*: Exposição de Motivos e Texto Sancionado. 2. ed. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal, 2005, p. 18. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/70319. Acesso em 8/10/2021). À ocasião, afirmou-se: "É de longa data, Senhor Presidente, que vem sendo reclamada a atualização do Código Civil de 1916, elaborado numa época em que o Brasil mal amanhecia para o surto de desenvolvimento que hoje o caracteriza, e quando ainda prevaleciam, na tela do Direito, princípios individualistas que não mais se harmonizam com as aspirações do mundo contemporâneo, não apenas no domínio das atividades empresariais, mas também no que se refere à organização da família, ao uso da propriedade ou ao direito das sucessões" (Ibid., p. 20). No mesmo contexto de remessa do Projeto de 1975, a Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil (Prof. Miguel Reale) aludiu em diversas ocasiões ao paradigma individualista do Código Civil de 1916 (Ibid., p. 23-25).

[53] O modelo liberal clássico é bem refletido na passagem crítica de Ludwig Raiser: "*La teoria deve guardarsi dal considerare come naturale una libertà illimitata dei consociati nel determinare i propri rapporti e un incondizionato riconoscimento dell'autonomia privata. Accogliere queste premesse, e di conseguenza classificare ogni deviazione da esse come eccezione, significherebbe accettare senza riserva un dogma illuministico – ripreso poi come postulato politico dal liberalismo ottocentesco – connesso a determinate condizioni storiche e privo di validità assoluta*" (RAISER, Ludwig. Funzione del contratto e libertà contrattuale. In: *Il compito del diritto privato*: saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni. Trad. Marta Graziadei. Milano: Giuffrè, 1990, p. 96). Em tradução livre: "A teoria deve ter cuidado para não considerar natural a liberdade ilimitada dos consorciados na determinação de suas relações e um reconhecimento incondicionado da autonomia privada. Aceitar essas premissas e, consequentemente, classificar qualquer desvio em relação a elas como uma exceção significaria aceitar sem reservas um dogma iluminista – posteriormente adotado como postulado político pelo liberalismo oitocentista – conectado a determinadas condições históricas e desprovido de validade absoluta". O estudo fora originariamente publicado em RAISER, Ludwig. Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit. In: CAEMMERER, Ernst von; FRIESENHAHN, Ernst; LANGE, Richard (Coords.). *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben*. *Band I*. Karlsruhe: Müller, p. 101-134, 1960. Para um desenvolvimento da análise do liberalismo político oitocentista, v. PERTICONE, Giacomo. Liberalismo. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Coords.). *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. IX. 3. ed. Torino: UTET, 1963, p. 831 e ss.

[54] Para um relato do racionalismo subjacente à elaboração do *Code Civil* francês e dos demais Códigos nele inspirados, v. SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Libertà e autorità nel diritto civile*, cit., p. 14 e ss.

[55] Ao analisar a teoria da autonomia da vontade, René Demogue a associa ao individualismo característico do século XIX: "*Cette théorie* [*de l'autonomie de la volonté*] *n'est qu'un aspect spécial de la théorie individualiste, théorie qui considère que tout est dans la société pour l'homme actuel et par l'homme actuel*" (DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général*. *Tome I*. Paris: Arthur Rousseau, 1923, p. 84). Em tradução livre: "Essa teoria [da autonomia da vontade] é apenas um aspecto especial da teoria individualista, teoria que considera que tudo está na sociedade para o homem atual e pelo homem atual".

igualdade (formal) entre os cidadãos.[56] Tal conjuntura político-ideológica propiciou, no campo mais estritamente jurídico, a consagração do ideal segundo o qual se haveria de reconhecer aos particulares a prerrogativa de determinar as suas relações jurídicas com base na sua própria – e *soberana* – vontade individual.[57]

Lançavam-se, assim, os pilares para a sedimentação do voluntarismo,[58] cuja manifestação mais eloquente foi a enunciação do denominado princípio da autonomia da vontade.[59] Tomado como consequência inexorável da pura liberdade de cada indivíduo,[60] o

---

[56] Para um relato do escopo exclusivamente formal da igualdade no Estado liberal clássico, v. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 22 e ss.

[57] A menção à *vontade soberana* no contexto em comento remonta à lição de Marcel Planiol e Georges Ripert: "*Cette conception de la volonté souveraine, créant par sa seule force des droits et des obligations, a ses sources lointaines dans le droit canonique qui a cherché à implanter profondément dans la conscience humaine le respect de la parole donnée sous quelque forme matérielle que la volonté se soit manifestée. Fortifiés par l'école du droit naturel et, au XVIII^e siècle, par les philosophes, le rôle créateur de la volonté et la toute puissance du contrat ont été consacrés par la législation issue de la Révolution. Depuis le Code civil, ils ont encore été exaltés au XIX^e siècle par les partisans de l'individualisme libéral*" (PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. *Tome VI*: Obligations. *Première Parte*. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1930, p. 21). Em tradução livre: "Essa concepção da vontade soberana, criadora por sua única força de direitos e de obrigações, tem suas fontes distantes no direito canônico, que buscou implantar profundamente na consciência humana o respeito à palavra dada sob qualquer forma material pela qual a vontade tenha se manifestado. Fortalecido pela escola do direito natural e, no século XVIII, pelos filósofos, o papel criador da vontade e a onipotência do contrato foram consagrados pela legislação editada pela Revolução. Desde o *Code civil*, eles ainda foram exaltados no século XIX pelos defensores do individualismo liberal".

[58] O voluntarismo, pautado na proeminência da vontade individual, é bem retratado pelo relato crítico de René Demogue: "*C'est ce qu'on nomme le principe de l'autonomie de la volonté. Ce principe qui a acquis une très grande importance par suite des tendances individualistes du XIX^e siècle consiste à prendre pour mesure presque unique en matière d'obligations la volonté*" (DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général*. *Tome I*, cit., p. 82); "*Enfin cette théorie donne un prodigieux développement aux volontés tacites ou implicites. Elle pousse la recherche de ces volontés jusqu'à où elle devient véritablement divinatoire*" (Ibid., p. 83). Em tradução livre: "É o que se chama de princípio da autonomia da vontade. Este princípio, que adquiriu uma grande importância como resultado das tendências individualistas do século XIX, consiste em assumir como medida quase única em matéria de obrigações a vontade"; "Enfim, essa teoria dá um desenvolvimento prodigioso às vontades tácitas ou implícitas. Ela empurra a busca por essas vontades para onde se torna verdadeiramente adivinhatória".

[59] Para uma conceituação do denominado princípio da autonomia da vontade, veja-se: "De todos os fatos ou atos jurídicos obrigatórios, o contrato é, sem qualquer dúvida, aquele em que a vontade dos particulares tem o papel criador mais importante. Seu elemento característico, mesmo nos casos em que não é suficiente para sua perfeição, é o consentimento, ou seja, o acordo das vontades livres das partes. A noção de liberdade individual é habitualmente expressa pelo adágio 'Tudo o que não é proibido é permitido'. Mas, no campo do direito, ela assumiu um caráter mais preciso e mais estreito, sob o nome de princípio da autonomia da vontade" (PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. *Tome VI*, cit., p. 19). Tradução livre do original : "*De tous les faits ou actes juridiques générateurs d'obligations, le contrat est, sans aucun doute, celui où la volonté des particuliers a le rôle créateur le plus important. Son élément caractéristique, même dans les cas où il n'est pas suffisant pour sa perfection, c'est le consentement, autrement dit, l'accord des libres volontés des parties. La notion de la liberté individuelle, s'exprime habituellement dans l'adage 'Tout ce qui n'est pas défendu est permis'. Mais elle a, dans le domaine du droit, revêtu un caractère plus précis et plus étroit, sous le nom du principe de l'autonomie de la volonté*". Para uma análise das origens e do desenvolvimento da doutrina individualista clássica da autonomia da vontade, remete-se, ainda, a GOUNOT, Emmanuel. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*: contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique. Paris: Arthur Rousseau, 1912, p. 27 e ss. A ilustrar a invocação do *princípio da autonomia da vontade*, v., ainda, por todos, STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negozio giuridico*. Padova: CEDAM, 1947, p. IX-X e *passim*; GENY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*: essai critique. *Tome Second*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954, p. 151 e ss.; e SALEILLES, Raymond. *De la déclaration*

princípio da autonomia da vontade implicaria o reconhecimento do poder jurígeno da vontade individual.[61] Não é de se estranhar, à luz desse contexto, a expansão do reconhecimento da vontade individual tanto como *fonte do direito*,[62] em geral, quanto como *fonte das obrigações*, em particular.[63]

O primado da autonomia da vontade, já apontado como "princípio fundamental do sistema de direito privado"[64] e "*il segno di distinzione del diritto civile*" ("o sinal de distinção do direito civil", em tradução livre),[65] repercutiu diretamente na formulação teórica da categoria do negócio jurídico.[66] Tal associação – já reputada "fatal" por sua alegada

---

de volonté: contribution a l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil allemand (Art. 116 à 144). Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1929, p. 196 e ss.

[60] O paradigma voluntarista é ilustrado pela obra de Jean Domat, em que se lê a sua clássica passagem: "Porque, como o homem é livre, há compromissos em que ele entra por sua vontade" (DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*. *Tome I. Seconde Édition*. Paris: Pierre Auboüin, 1697, p. xix). Tradução livre do original: "*Car comme l'homme est libre, il y a des engagements où il entre par sa volonté*".

[61] V., por todos, REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 6. ed. São Paulo: 1979, p. 178 e ss.; e NEVES, José Roberto de Castro. *Teoria geral dos contratos*. Rio de Janeiro: GZ, 2021, p. 6 e ss.

[62] Ilustrativamente, veja-se: "Na verdade, servindo a palavra 'fonte' para designar o fulcro gerador de alguma coisa, o seu uso neste capítulo do Direito tem dado azo a uma série de confusões, pois o objeto que se tem pela frente são antes os modos, as formas de expressão do Direito e não as suas fontes de produção, como se vê esclarecido em alguns autores. Com efeito, a lei, o costume etc., não geram, não criam, não produzem o Direito. O que gera o Direito são as necessidades sociais e a vontade humana. É esta que, tomando conhecimento das imposições inadiáveis da realidade sócio-jurídica, se serve da organização política da Nação, o Estado, para criar as leis. Do mesmo modo, já no terreno dos fatos (em contraposição ao do direito constituído) é ainda a vontade humana, conglomerada na Consciência Popular que cria o costume. Assim, realmente, as fontes do Direito propriamente ditas são o arbítrio humano e o Direito Natural. O Estado e a Consciência popular (ou o Povo) são apenas as causas instrumentais da elaboração do Direito. Ao passo que a lei, o costume etc., são os modos, as formas, os meios técnicos de que lança mão a vontade humana para, através do Estado e da Consciência Popular, externar, dar a conhecer, objetivar o direito suscitado pelas imposições naturais da vida em sociedade" (FRANÇA, R. Limongi. Das formas de expressão do direito. In: MENDES. Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Org.). *Doutrinas Essenciais*. Direito Civil. Parte Geral. Volume 1: Teoria Geral do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, item III.1).

[63] Para o desenvolvimento da análise, seja consentido remeter a SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa*: as obrigações restitutórias no direito civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, item 1.2.1.

[64] AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 78.

[65] A afirmação remonta à lição de Giuseppe Stolfi: "E qual é esse princípio que permite reconduzir a uma unidade as inúmeras, múltiplas e variadas normas supraindicadas? É aquele que há séculos constitui o sinal de distinção do direito civil: o respeito escrupuloso à autonomia da vontade individual, entendida no sentido mais amplo" (STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. IX). Tradução livre do original: "*E qual'è mai questo principio che permette di ricondurre ad unità le innumerevoli e molteplici e svariate norme suindicate? È quello che da secoli costituisce il segno di distinzione del diritto civile: il rispetto scrupoloso dell'autonomia della volontà individuale, intesa nel più ampio significato*".

[66] A explicitar a correlação entre o voluntarismo e a formulação teórica da categoria do negócio jurídico, veja-se: "Para se convencer da exatidão do exposto, é o caso de se recordar lembrar que a figura em exame foi delineada pelos jusnaturalistas alemães no final do século XVIII e mais tarde foi acolhida pelos pandectistas, mesmo após o sucesso da escola histórica" (STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. XI). Especificamente quanto aos pandectistas, o autor relata que eles "(...) retomaram e desenvolveram as doutrinas justinianas, segundo as quais o efeito jurídico dos atos humanos depende diretamente da vontade individual, de modo que acabaram por criar um sistema de direito privado fundado sobre a liberdade dos indivíduos, no centro do qual puseram o negócio jurídico, concebido como o paradigma típico da manifestação de vontade da qual deriva o nascimento, a modificação ou a extinção de uma relação pessoal ou patrimonial" (Ibid., p. XI). Tradução livre do original: "*Per convincersi dell'esattezza di quanto precede, è appena il caso di ricordare che la figura in esame venne delineata dai giusnaturalisti tedeschi verso la fine del settecento e fu accolta in seguito dai pandettisti anche dopo il successo della scuola storica*"; "(...) *ripresero e svilupparono le dottrine dei giustinianei, che*

obviedade –[67] se pode depreender da análise das próprias conceituações do negócio jurídico fornecidas pela doutrina, a convergir em torno da consagração da proeminência da vontade individual.[68] Produto distintivo do racionalismo e do conceitualismo da Pandectística,[69] a categoria do negócio jurídico se alinhou plenamente ao voluntarismo oitocentista e passou, então, a desempenhar papel central na teoria geral do direito civil.[70] À centralidade dos negócios jurídicos se associou, ato contínuo, a centralidade dos contratos,[71] o que se associa

---

l'effetto giuridico degli atti umani dipende direttamente dalla volontà individuale, sicché finirono per creare un sistema di diritto privato fondato sulla libertà dei singoli, al centro del quale posero il negozio giuridico, concepito come il paradigma tipico della manifestazione di volontà da cui deriva la nascita o la modificazione o l'estinzione di un rapporto personale o patrimoniale". Para uma análise da proeminência da vontade individual na formulação da categoria do negócio jurídico, v., ainda, por todos, BYDLINSKI, Franz. *System und Prinzipen des Privatrechts*. 1996. Reimpressão. Wien: Verlag Österreich, 2013, p. 147 e ss.

[67] "Que o dogma da vontade encontrasse a sua expressão mais completa na teoria do negócio jurídico era fatal" (CALASSO, Francesco. *Il negozio giuridico*: lezioni di storia del diritto italiano. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1959, p. 31). Tradução livre do original: "*Che il dogma della volontà trovasse la sua più compiuta espressione nella teoria del negozio giuridico, era fatale*". Também contundente é a afirmação de Jan Schapp: "A declaração central da teoria da vontade é vista, em geral, na definição do conceito do negócio jurídico" (SCHAPP, Jan. *Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1986, p. 8). Tradução livre do original: "*Die zentrale Aussage der Willenstheorie wird im allgemeinen in der Definition des Begriffs des Rechtsgeschäftes gesehen*".

[68] "A definição mais simples e mais recebida do negócio jurídico é: 'uma declaração da vontade do particular destinada a um fim protegido pela ordem jurídica'. (...) O momento central e predominante é a vontade" (RUGGIERO, Roberto De. *Istituzioni di diritto civile*. *Volume I*. 4. ed. Messina: Giuseppe Principato, 1926, p. 239). Tradução livre do original: "*La più semplice e la più ricevuta definizione del negozio giuridico è: 'una dichiarazione di volontà del privato rivolta ad un fine protetto dall'ordinamento giuridico'.* (...) *Il momento centrale e prevalente è la volontà*". Ao propósito da proeminência da vontade individual na categoria do negócio jurídico, v., por todos, STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. X; e SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. 9. ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1966, p. 125.

[69] Costuma-se indicar que o desenvolvimento moderno da categoria do negócio jurídico, com o referido destaque para o papel da vontade individual, remonta à obra de Daniel Nettelbladt. Ao menos desde a quarta edição do seu clássico *Systema elementare vniversae ivrisprudentiae positivae* se pode perceber a menção explícita à expressão latina "*negotiis ivridicis*" (NETTELBLADT, Daniel. *Systema elementare vniversae ivrisprudentiae natvralis*. *Editio Qvarta*. Halae Magdebuvrgicae: Officina Libraria Rengeriana, 1777, p. 51 e ss. Disponível em: https://digi.ub.uni-heidelberg.de/diglit/nettelbladt1777. Acesso em 11/1/2020). Não se logrou identificar na edição anterior da obra (NETTELBLADT, Daniel. *Systema elementare vniversae ivrisprudentiae natvralis*. *Editio Tertia*. Halae Magdebuvrgicae: Officina Libraria Rengeriana, 1767) uma menção tão explícita à categoria do negócio jurídico no bojo da sistematização dos atos jurídicos. A preocupação do autor com a sistematização dos atos jurídicos pode ser percebida desde NETTELBLADT, Daniel. *Systema elementare vniversae ivrisprudentiae positivae Commvnis Imperii Romano Germanici Vsvm Fori Accommodatvm*. Halae Magdebuvrgicae: Officina Libraria Rengeriana, 1749, p. 83 e ss. Disponível em: http://dl.ub.uni-freiburg.de/diglit/nettelbladt1749/0005?sid=459a507ac8fc149ca407f5ecafa9d289. Acesso em 11/1/2020.

[70] A categoria do *negócio jurídico* ("*Rechtsgeschäft*", em alemão) e a imanente centralidade da vontade individual viriam a se consagrar pela lavra, entre outros, de Savigny (v., ilustrativamente, SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. *Dritter Band*. Berlin: Veit, 1840, p. 98 e ss.) e Windscheid (v., ilustrativamente, WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. *Erster Band*. Düsseldorf: Julius Buddeus, 1862, p. 145 e ss.). Para uma análise da influência do jusnaturalismo sobre o desenvolvido conferido pela pandectística à categoria do negócio jurídico, v. CALASSO, Francesco. *Il negozio giuridico*: lezioni di storia del diritto italiano. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1959, p. 27 e ss.; RESCIGNO, Pietro. Contratto: I) In generale. In: PARADISI, Bruno (Coord.). *Enciclopedia Giuridica*. Vol. XV. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, [1991], p. 6; e ASTUTI, Guido. Contratto: I – Storia: b) diritto intermedio. In: CALASSO, Francesco (Coord.). *Enciclopedia del diritto*. Vol. IX. [Milano]: Giuffrè, 1961, p. 779 e ss.

[71] "O contrato é um instrumento privilegiado da autonomia privada. Trata-se provavelmente da mais importante espécie de negócio jurídico" (ZANETTI, Cristiano de Sousa. O risco contratual. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coord.). *Sociedade de risco e direito privado*: desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013, p. 455).

ao seu destaque (sem exclusividade, por certo) no desempenho da função de autorregulação de interesses.[72] Não é de se estranhar a festejada proclamação, nesse contexto de auge do individualismo liberal, do fenômeno sintetizado como "um movimento do *status* ao contrato", a traduzir a proeminência das avenças concebidas pela vontade individual em detrimento do *status* jurídico atribuído a cada sujeito.[73]

No específico plano dos contratos, a consagração do princípio da autonomia da vontade, traço característico do pensamento liberal, foi associada ao reconhecimento dos denominados *princípios contratuais clássicos*[74] – liberdade contratual, obrigatoriedade dos pactos e relatividade dos efeitos do contrato.[75] A ausência de tratamento sistemático de tais

[72] "Ao dar prioridade à perspectiva funcional do contrato ('para que serve') sobre sua análise estrutural ('como é'), sobressai na concepção desse instituto sua função preceptiva ou normativa: o contrato como instrumento de autorregulação de interesses. Assim, ainda que o contrato incorpore o acordo de vontades em sua estrutura, como seu fato gerador, é a função de autorregulação de interesses que se torna objeto de atenção prioritária do intérprete. Por outro lado, o contrato não é o único instrumento de autonomia negocial disponível no ordenamento, razão pela qual se torna necessário individuar seus caracteres distintivos, extremando-o de outras figuras" (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Contratos: Teoria Geral. In: TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Volume 3: Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 5). A ilustrar o reconhecimento de outros instrumentos de regulação de interesses no âmbito da autonomia privada para além do contrato, v., por todos, CALLIESS, Gralf-Peter. Die Zukunft der Privatautonomie. Zur neueren Entwicklung eines gemeineuropäischen Rechtsprinzips. In: JUD, Brigitta *et alii* (*Hrsg*.). *Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2000*. Prinzipien des Privatrechts und Rechtsvereinheitlichung. Stuttgart: Richard Boorberg, 2001, *passim* e, em especial, p. 96 e ss.

[73] Costuma-se atribuir a Henry Sumner Maine a formulação originária da célebre passagem que identifica "um movimento do *status* para o contrato": "Todas as formas de *status* observadas no Direito das Pessoas foram derivadas e, até certo ponto, ainda são coloridas pelos poderes e privilégios que antigamente residiam na família. Se, então, empregarmos o *status*, de acordo com o uso dos melhores escritores, para significar apenas essas condições pessoais e evitarmos aplicar o termo a condições como resultado imediato ou remoto de um acordo, podemos dizer que o movimento das sociedades progressistas até agora tem sido um movimento do *status* para o contrato" (MAINE, Henry Sumner. *Ancient Law*: its connection with the early history of society and its relation to modern ideas. 11. ed. London: John Murray, 1887, p. 170). Tradução livre do original: "*All the forms of Status taken notice of in the Law of Persons were derived from, and to some extent are still coloured by, the powers and privileges anciently residing in the Family. If then we employ Status, agreeably with the usage of the best writers, to signify these personal conditions only, and avoid applying the term to such conditions as are the immediate or remote result of agreement, we may say that the movement of the progressive societies has hitherto been a movement* from Status to Contract" (grifos do original). Para um ulterior relato sobre a "evolução 'do *status* para o contrato'" ("*die Entwicklung ‚from status to contract'*", no original alemão), com menção ao pioneirismo da formulação de Henry Sumner Maine, v., ainda, WOLF, Manfred. *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1970, p. 9.

[74] A noção de *princípios contratuais* é elucidada por Anderson Schreiber: "(...) pode-se constatar que os princípios não consistem necessariamente em mandamentos nucleares de todo o sistema jurídico, admitindo-se a existência de princípios setoriais, destinados à realização de valores constitucionais em áreas específicas. (...) Daí resulta, em primeiro lugar, que existem, de fato, princípios do Direito dos Contratos, os quais podem ser sinteticamente definidos como normas que impõem a máxima realização de um valor constitucional naquele setor jurídico específico. Desprovidos de definição abstrata de uma situação fática à qual sejam aplicáveis, os princípios do Direito dos Contratos ou simplesmente 'princípios contratuais' aplicam-se não por meio de uma única solução ou com uma única intensidade, mas podem ser atendidos em diferentes graus de intensidade e por diferentes soluções, a depender das circunstâncias fáticas existentes" (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 42-43).

[75] "São três os princípios do direito contratual que vêm do século passado; giram eles em torno da autonomia da vontade e assim se formulam: a) as partes podem convencionar o que querem, e como querem, dentro dos limites da lei – princípio da liberdade contratual *lato sensu*; b) o contrato faz lei entre as partes (art. 1.134 do Código Civil (francês), *pacta sunt servanda* – princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais; c) o contrato somente

princípios (por vezes, a própria ausência de previsão legal explícita) não constitui óbice ao seu amplo reconhecimento pela doutrina civilista,[76] sobretudo pela íntima vinculação entre a autonomia privada (e seus corolários) e a liberdade de iniciativa assegurada constitucionalmente (arts. 1º, IV, e 170, *caput*, da Constituição Federal de 1988).[77]

Com efeito, de uma tentativa de enunciação do escopo da *autonomia privada* (abordagem adotada em substituição à *autonomia da vontade*, como se buscará expor no item subsequente) no campo contratual se pode depreender o sentido fundamental dos princípios contratuais clássicos: a autonomia no direito privado envolve a *prerrogativa de celebrar convenções pautadas na vontade das partes e vinculantes entre elas*. Apesar de aparentemente sutis, os elementos componentes dessa afirmação revelam, em síntese sabidamente apertada, o conteúdo essencial dos princípios contratuais clássicos: os particulares detêm a prerrogativa de celebrar convenções pautadas na sua própria vontade (liberdade contratual);[78] essas convenções livremente celebradas têm o condão de produzir

---

vincula as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros, *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest* – princípio da relatividade dos efeitos contratuais" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, n. 750, p. 113-120, abr./1998, parágrafo 8).

[76] À positivação expressa da liberdade contratual (art. 421 do Código Civil) se contrapõe a ausência de previsão explícita da relatividade dos efeitos do contrato e mesmo da obrigatoriedade dos pactos, o que não impediu historicamente o seu amplo reconhecimento: "Situação diferente ocorrerá, por exemplo, com o princípio da obrigatoriedade dos contratos (...). Não existe regra específica na lei informando que as partes devam cumprir os contratos por elas celebrados. Entretanto, ninguém discute a validade e importância desse comando. Trata-se de um princípio, como logo veremos. Dele se extraem diversas consequências e conceitos" (NEVES, José Roberto de Castro. *Teoria geral dos contratos*, cit., p. 19). De todo modo, não se deve confundir ausência de positivação explícita com ausência de acolhimento no ordenamento jurídico. Afinal, a fundamentação dos aludidos princípios pode ser extraída tanto do diploma constitucional (por exemplo, a partir dos princípios da livre iniciativa – arts. 1º, IV, e 170, *caput*, da CRFB – e da proteção dispensada à segurança, ao acesso à Justiça e ao ato jurídico perfeito – arts. 5º, *caput* e incisos XXXV e XXXVI, da CRFB) quanto da legislação infraconstitucional (por exemplo, a partir da lógica de obrigatoriedade e relatividade presente nas repetidas ocasiões em que o Código Civil alude às *partes* de certa relação negocial, tal como sucede, entre tantos outros dispositivos, nos seus arts. 113, 121, 166, III, 234, 265, 417, 421-A e 425).

[77] Nesse sentido, afirma-se: "Uma das faces do princípio constitucional da livre-iniciativa é a garantia ao agente econômico de que sua vontade importará (autonomia da vontade), preservando-se sua liberdade de contratar e de não contratar. Regra geral, no campo da autonomia privada, a Constituição Federal garante à empresa que não será obrigada a contratar com quem não quiser, da mesma forma que poderá escolher a quem se vincular" (FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios jurídicos II – alteração do art. 113 do Código Civil: art. 7º. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Org.). *Comentários à Lei da Liberdade Econômica*: Lei 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 369).

[78] "A liberdade contratual é uma manifestação do princípio da autonomia privada. O conteúdo deste princípio é a configuração autodeterminada das relações jurídicas de acordo com a vontade das partes" (WOLF, Manfred. *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich*, cit., p. 19). Tradução livre do original: "*Die Vertragsfreiheit ist eine Erscheinungsform des Prinzips der Privatautonomie. Inhalt dieses Grundsatzes ist die selbstbestimmte Gestaltung der Rechtsverhältnisse nach dem Willen der Beteiligten*". No mesmo sentido, v., ainda, LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, cit., p. 26. Registre-se, por oportuno, que parcela da doutrina distingue a *liberdade de contratar* da *liberdade contratual*, embora reconheça sua convergência em torno do sentido de manifestação do mesmo postulado fundamental de autonomia: "A autonomia da vontade apresenta-se sob duas formas distintas, na lição dos

situações jurídicas subjetivas cujo implemento é assegurado pela coercitividade estatal (obrigatoriedade dos pactos);[79] tais convenções apenas vinculam, em regra, os sujeitos cujas vontades houverem convergido para a celebração da avença (relatividade dos efeitos do pacto).

A partir de outro ângulo de análise, nota-se que a própria formulação do conteúdo de cada um desses princípios evidencia o papel central da vontade individual na teoria contratual clássica.[80] A *liberdade contratual* assegura que todo indivíduo é livre para celebrar contratos pautados na sua vontade – nessa liberdade incluída a prerrogativa de escolher *se*, *quando*, *com quem* e *o que* contratar.[81] A *obrigatoriedade dos pactos*, por sua vez, estabelece que os contratos são vinculantes e de observância obrigatória,[82] como assevera o célebre brocardo

---

dogmatistas modernos, podendo revestir o aspecto de liberdade de contratar e da liberdade contratual. Liberdade de contratar é a faculdade de realizar ou não determinado contrato, enquanto a liberdade contratual é a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato. A primeira se refere à possibilidade de realizar ou não um negócio, enquanto a segunda importa na fixação das modalidades de sua realização" (WALD, Arnoldo. *Direito civil*. Volume 2. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 210).

[79] Trata-se, com efeito, de se reconhecer a indissociável relação entre liberdade e autorresponsabilidade: "A autodeterminação e a autorresponsabilidade pertencem às bases do direito contratual. Como o ordenamento jurídico reconhece o princípio da autodeterminação, também os acordos feitos no exercício da autodeterminação encontram reconhecimento jurídico" (WOLF, Manfred. *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich*, cit., p. 292-293). Tradução livre do original: "*Zu den Grundlagen des Vertragsrechts gehören die Selbstbestimmung und die Selbstverantwortung. Weil die Rechtsordnung das Prinzip der Selbstbestimmung anerkennt, finden auch die in Ausübung der Selbstbestimmung getroffenen Vereinbarungen rechtliche Anerkennung*". A esse respeito, v., ainda, CANARIS, Claus-Wilhelm. Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung". *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 200, n. 3, p. 273-364, 2000, p. 279; LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, cit., p. 30 e ss.; e LORENZ, Stephan. *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag*. München: C. H. Beck, 1997, p. 15 e ss.

[80] Assim relata OSTI, Giuseppe. Contratto, cit., p. 47-48.

[81] Com efeito, costuma-se definir a liberdade contratual nos seguintes termos: "No apogeu de uma sociedade liberal, a liberdade de contratar era a medida de justiça. À parte cabia decidir se iria contratar, com quem contrataria, qual o conteúdo do negócio e, em última instância, se iria reclamar do inadimplemento, caso este ocorresse" (NEVES, José Roberto de Castro. *Teoria geral dos contratos*, cit., p. 20). Parece possível afirmar que a ampla prerrogativa de delimitação do conteúdo da avença se reflete na própria consagração da atipicidade contratual (art. 425 do Código Civil). De todo modo, a definição precisa do conceito traduz um constante desafio, ao qual se dedica a civilística. Para um desenvolvimento da análise, em relevante exemplo do esforço de delimitação do conteúdo e do alcance da liberdade contratual, v., por todos, STOLL, Heinrich. Vertragsfreiheit. In: NIPPERDEY, Hans Carl (Coord.). *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*: Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung. *Dritter Band*. Berling: Reimar Hobbing, 1930, *passim*. Em raciocínio que parece extensível aos demais princípios contratuais clássicos, Ludwig Raiser identifica a liberdade contratual como um fruto do liberalismo político-econômico do século XIX: "A liberdade contratual – que o Código Civil (*BGB*) não afirma explicitamente, mas certamente pressupõe – é, no fundo, um fruto do liberalismo político-econômico que se difundiu durante o século XIX também na Alemanha (...)" (RAISER, Ludwig. La libertà contrattuale oggi. In: *Il compito del diritto privato*: saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni. Trad. Marta Graziadei. Milano: Giuffrè, 1990, p. 54). Tradução livre do original: "*La libertà contrattuale – che il Codice civile (BGB) non afferma esplicitamente ma sicuramente presuppone – è in fondo un frutto del liberalismo politico-economico che si diffuse durante l'Ottocento anche in Germania (...)*".

[82] A esclarecer a correlação entre a obrigatoriedade dos pactos e a autonomia privada, veja-se a lição de Claus-Wilhelm Canaris: "O princípio *pacta sunt servanda* resulta, ao final, nomeadamente do próprio princípio da autonomia privada, porque os contratos só podem cumprir a sua função almejada pelas partes e pelo ordenamento jurídico de formar uma base estável para o futuro se eles forem basicamente vinculantes (...)" (CANARIS, Claus-Wilhelm. Wandlungen des Schuldvertragsrechts, cit., p. 279). Tradução livre do original:

latino "*pacta sunt servanda*" ("os pactos devem ser observados"),[83] ao que se relaciona a impossibilidade de alteração discricionária e unilateral do conteúdo do contrato por iniciativa exclusiva de uma das partes (concepção traduzida no subprincípio da *intangibilidade*).[84] A *relatividade dos efeitos do contrato*, por fim, determina que o contrato somente vincula os indivíduos que houverem declarado vontade para a celebração do contrato.

Diante do caráter paradigmático da sua experiência de codificação, cumpre registrar o tratamento dispensado aos princípios contratuais clássicos pelo legislador francês. Parece possível afirmar que tais princípios – ao menos, a obrigatoriedade e a relatividade – podiam ser extraídos diretamente do art. 1.134 do *Code civil* francês de 1804,[85] dispositivo com o qual se inaugurava o Capítulo dedicado ao "*effet des obligations*" ("efeito das obrigações", em tradução livre).[86] A reforma promovida no Direito das Obrigações pela *Ordonnance n°2016-*

"*Der Grundsatz* pacta sunt servanda *folgt nämlich letztlich aus dem Prinzip der Privatautonomie selbst, weil Verträge die ihnen von den Parteien wie von der Rechtsordnung zugedachte Funktion, eine stabile Grundlage für die Zukunft zu bilden, nur erfüllen können, wenn sie grundsätzlich verbindlich sind* (...)". Em sentido semelhante, a pontuar a correlação direta entre a autodeterminação dos particulares e o caráter vinculante do contrato, v. LARENZ, Karl. *Richtiges Recht*: Grundzüge einer Rechtsethik. München: C. H. Beck, 1979, p. 57; e LORENZ, Stephan. *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag*, cit., p. 28 e ss. A suma importância do princípio da obrigatoriedade dos pactos no paradigma liberal clássico é ilustrado pela assertiva de Costantino Stoicesco: "Sequer se poderia conceber uma legislação em que tal princípio não fosse reconhecido" (STOICESCO, Costantino. L'intervento dello Stato nei rapporti giuridici tra privati: a proposito d'una recente legge romana. *Rivista di Diritto Privato*, vol. III, p. 117-139, *parte prima*, 1933, p. 131). Tradução livre do original: "*Nè si potrebbe concepire una legislazione in cui un tale principio non fosse riconosciuto*".

[83] SIDOU, J. M. Othon (Org.). *Pacta sunt servanda* [verbete]. In: *Dicionário jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 440.

[84] "Na medida em que o contrato vincula os contratantes, o acordo torna-se intangível, ou seja, insuscetível de modificação por vontade unilateral de uma das partes ou por interferência externa" (TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula *to the best knowledge of the sellers*. In: *Temas de direito civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p, 249). A propósito do princípio da intangibilidade, a correlacioná-lo com o art. 112 do Código Civil, v., ainda, KONDER, Carlos Nelson; GLATT, Michel. Critérios de interpretação das cláusulas compromissórias: usos e costumes, boa-fé e circunstâncias. In: BARBOZA, Heloisa Helena (Coord.). *20 anos do Código Civil*: perspectivas presentes e futuras. Rio de Janeiro: Processo, 2022, p. 182-183.

[85] Art. 1.134 do *Code civil* francês de 1804, em sua redação original: "*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*". Em tradução livre: "As convenções legalmente formadas valem como lei para aqueles que as fizeram". A propósito, leciona Arnold Wald: "Funda-se o contrato clássico na autonomia da vontade, expressão que parece cunhada por Charles du Moulin (1500-1566), no século XVI. (...) Todos citam o famoso art. 1.134 do Código Civil francês (...). Esta a chamada 'força obrigatória do contrato'" (WALD, Arnoldo. *Direito civil*. Volume 2, cit., p. 215-216). Previsão similar se verifica tanto no *Codice Civile* italino de 1865 (art. 1.123) quanto no seu sucessor de 1942 (art. 1.372), este último com destaque mais enfático para a relatividade: "*Art. 1.123. I contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti. Non possono essere rivocati che per mutuo consenso o per cause autorizzate dalla legge*"; "*Art. 1.372. Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge. Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge*". Em tradução livre: "Art. 1.123. Os contratos legalmente formados têm força de lei para aqueles que o celebraram. Apenas podem ser revogados por consentimento mútuo ou por causas autorizadas por lei"; "Art. 1.372. O contrato tem força de lei entre as partes. Apenas pode ser dissolvido por consentimento mútuo ou por razões admitidas por lei. O contrato não produz efeitos em relação a terceiros, exceto nos casos previstos em lei".

[86] A associar a obrigatoriedade dos pactos ao referido art. 1.134 do *Code civil* de 1804, afirma-se: "A força obrigatória do vínculo criado pelo contrato é expressa vigorosamente por esta fórmula do *Code civil*, em seu artigo 1.134 (...). A força obrigatória é imposta, em primeiro lugar, às partes que são obrigadas a observar seus compromissos, assim como são obrigadas a observar a lei" (MORIN, Gaston. *La loi et le contrat*: la décadence

131 du 10 février 2016 não alterou substancialmente o conteúdo da referida previsão legal (atualmente contida no art. 1.103 do *Code civil*)[87] e inovou, ainda, ao acrescentar ao *Code* uma menção mais explícita à liberdade contratual.[88]

A enunciação desse paradigma contratual clássico pelo *Code civil* de 1804 exerceu larga influência sobre a cultura jurídica ocidental, como já se pôde apontar. Tal influência talvez ajude a compreender a facilidade com que a doutrina brasileira reconheceu, mesmo diante da ausência de positivação expressa pelo Código Civil de 1916, a consagração dos princípios contratuais clássicos no sistema jurídico nacional. O cenário legislativo somente viria a mudar, ainda que parcialmente, com a promulgação do Código Civil de 2002, que tratou expressamente da liberdade contratual em seu art. 421.[89]

Retomando-se a análise da enunciação teórica dos princípios contratuais clássicos, pode-se notar que, no que mais diretamente importa ao presente estudo, o pensamento liberal oitocentista conduziu à enunciação de uma liberdade contratual quase ilimitada.[90] Assim, salvo nos casos de proibição expressa pelo ordenamento jurídico – ressalva que costumava se limitar, no pensamento clássico, às noções (veiculadas na forma de conceitos jurídicos indeterminados) de *normas de ordem pública* e *bons costumes* –,[91] os contratantes teriam

---

de leur souveraineté. Paris: Félix Alcan, 1927, p. 54). Tradução livre do original: "*La force obligatoire du lien créé par le contrat est exprimée vigoureusement par cette formule du Code civil, dans son article 1134* (...). *La force obligatoire s'impose, d'abord, aux parties qui sont obligées d'observer leurs engagements, comme elles sont obligées d'observer la loi*". No mesmo sentido, v. STOICESCO, Costantino. L'intervento dello Stato nei rapporti giuridici tra privati, cit., p. 131.

[87] Art. 1.103 do *Code civil* francês, com a redação determinada pela *Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016*: "*Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits*". Em tradução livre: "Os contratos legalmente formados valem como lei para aqueles que os fizeram". Como se percebe, a alteração legal nesse ponto se resumiu à substituição de "*conventions*" por "*contrats*".

[88] Trata-se do art. 1.102 pós-reforma de 2016: "*Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public*". Em tradução livre: "Toda pessoa é livre para contratar ou não contratar, para escolher seu co-contratante e para determinar o conteúdo e a forma do contrato nos limites fixados pela lei. A liberdade contratual não permite derrogações às regras que dizem respeito à ordem pública".

[89] *In verbis*: "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". Veja-se a redação atual do art. 421, determinada pela Lei n. 13.874/2019: "A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual".

[90] "A liberdade contratual, como o *Code* a entende, é a autonomia da vontade dos contratantes, consequência da soberania individual. Ela implica que todas as cláusulas do contrato serão livremente determinadas pelas partes contratantes" (MORIN, Gaston. *La loi et le contrat*, cit., p. 52). Tradução livre do original: "*La liberté contractuelle, telle que l'entend le Code, c'est l'autonomie de la volonté des contractants, conséquence de la souveraineté individuelle. Elle implique que toutes les clauses du contrat seront librement déterminées par les parties contractantes*". Ainda a ilustrar o paradigma voluntarista da teoria contratual clássica, v., por todos, POTHIER, Robert-Joseph. *Traité des obligations*. *Tome Premier*. Paris: Debure; Orleans: Rouzeau-Montaut, 1761, *passim* e, em especial, p. 4 e ss.

[91] Assim relatam, por exemplo, JOSSERAND, Louis. Le contrat dirigé. *Recueil Hebdomadaire de Jurisprudence*: en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public. Paris: Dalloz, p. 89-92, 1933, p. 89; BESSONE, Darcy. *Do contrato*: teoria geral. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 31-32; e WALD, Arnoldo. *Direito civil*. Volume 2, cit., p. 210-211. A enunciação das *normas de ordem pública* como limite à

plena liberdade para a definição dos mais variados aspectos atinentes ao objeto dos contratos.[92] Os limites, acaso existentes, ostentavam feição excepcional e externa ao conteúdo da liberdade contratual.

Tal ordem de formulação da liberdade contratual se associava diretamente, por certo, com a ideologia político-econômica então predominante – o liberalismo econômico.[93] A partir da conjugação das vertentes política e econômica do liberalismo do Século XIX, pode-se compreender o pensamento liberal clássico segundo o qual a atuação do Estado se pautaria pelo ideal de intervenção mínima nas relações privadas.[94] Entre as suas funções haveria de estar a garantia do cumprimento dos contratos e a promoção da segurança no tráfego jurídico,[95] sem, contudo, que se admitisse maior ingerência quanto ao conteúdo das avenças

---

liberdade contratual pode ser percebida, por exemplo, na lição de COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours élémentaire de droit civil français*. *Tome Deuxième*. 4. éd. Paris: Dalloz, 1924, p. 257. O caráter de excepcionalidade dos limites à liberdade contratual – a que se fez menção no corpo do texto – parecia, de fato, consentâneo com a dificuldade de concretização do sentido dos conceitos jurídicos indeterminados, dificuldade apontada pela doutrina tanto a respeito da noção de ordem pública (v., por todos, SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017, p. 201-202) quanto a respeito da noção de bons costumes (v., por todos, CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte: Fórum, vol. 14, p. 99-125, out./dez. 2017, *passim*).

[92] "O traço característico da convenção [contrato], tomada em sentido amplo, é que ela é, digamos, um acordo de vontades. Este contrato determina livremente, sem qualquer reserva, os efeitos jurídicos da relação de direito estabelecida pelas partes. Estas são, portanto, mestres soberanas; elas organizam como quiserem, como julgarem bom, os direitos e as obrigações que criarem entre elas. Estamos aqui em um domínio no qual a vontade dos particulares reina em soberana maestria. É ela quem diz o direito (art. 1.134, primeira alínea). O legislador limita essa liberdade apenas nos casos em que é do interesse geral e da ordem pública, a determinar que edite regras imperativas que as partes não possam descartar. No entanto, é importante não exagerar o alcance do princípio" (COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours élémentaire de droit civil français*. *Tome Deuxième*, cit., p. 257). Tradução livre do original: "*Le trait caractéristique de la convention, prise au sens large, c'est qu'elle est, disons-nous, un accord de volontés. Cet accord détermine librement, sans aucune réserve, les effets juridiques du rapport de droit établi par les parties. Celles-ci sont donc souveraines maîtresses; elles organisent comme elles le veulent, comme elles le jouent bon, les droits et les obligations qu'elles le créent entre elles. Nous sommes ici dans un domaine où la volonté des particuliers règne en souveraine maîtresse. C'est elle qui dit le droit (art. 1134, 1er al.). Le législateur ne limite cette liberté que dans les cas où soit de l'intérêt général et de l'ordre public, le déterminant à édicter des règles impératives que les parties ne peuvent pas écarter. Cependant, il importe de ne pas exagérer la portée du principe*". No mesmo sentido, v. CAPITANT, Henri. *Introduction à l'étude du droit civil*: notions générales. 5. éd. Paris: A. Pedone, [1929], p. 56 e ss. A noção de *soberania da vontade individual* se faz presente também na lição de SALEILLES, Raymond. *De la déclaration de volonté*, cit., p. 196.

[93] Para um relato do liberalismo econômico presente no pensamento clássico do século XIX, v. RAISER, Ludwig. Funzione del contratto e libertà contrattuale, cit., p. 96 e ss.

[94] Assim relata, por exemplo, OSTI, Giuseppe. Contratto, cit., p. 478.

[95] Não por acaso, refere-se ao período de predomínio do pensamento liberal clássico na história europeia como "o mundo da segurança" – tradução livre de "*Die Welt der Sicherheit*", capítulo introdutório da célebre autobiografia de ZWEIG, Stefan. *Die Welt von Gestern*: Erinnerungen eines Europäers. Stockholm: S. Fischer, 1942. A obra, escrita durante o autoexílio do autor (austríaco de origem judaica) em fuga do regime nazista, foi concluída no Brasil. Somente veio a ser publicada, contudo, após o óbito do autor, em fevereiro de 1942, na cidade fluminense de Petrópolis. Encontra-se traduzida ao português em ZWEIG, Stefan. *O mundo que eu vi (minhas memórias)*. Trad. Odilon Gallotti. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1944; e, mais recentemente, em ZWEIG, Stefan. *O Mundo que eu vi (minhas memórias)*. Trad. Lya Luft. Rio de Janeiro: Record, 1999. A

contratuais.[96] Ao Estado, enfim, para além das mencionadas funções de garantia, não restaria muito mais do que "*laisser faire, laisser passer*" ("deixar fazer, deixar passar", em tradução livre),[97] no deliberado intuito de se afastarem os riscos do que se imaginou como "*une destruction de la prospérité née du commerce libre*" ("uma destruição da prosperidade nascida do comércio livre", em tradução livre).[98]

O relatado panorama jus-político-econômico conduziu ao reconhecimento de que a legitimidade do contrato decorreria direta e exclusivamente da higidez da vontade negocial de cada um dos contratantes.[99] Não incumbiria ao intérprete, assim, imiscuir-se no conteúdo do

---

correlação entre a principiologia contratual clássica e a busca pela segurança jurídica (formal) é destacada, entre outros, por NEVES, José Roberto de Castro. *Teoria geral dos contratos*, cit., p. 15 e ss.

[96] Pertinente, ao propósito, o relato de Ludwig Raiser: "A autonomia privada, com liberdade contratual, a liberdade de exercício da propriedade e a liberdade de comércio e profissional, foi a principal reivindicação do programa liberal que se propunha a aumentar o bem-estar econômico, liberando as forças morais, políticas e econômicas do indivíduo. Com base nessas premissas, os postulados de liberdade tornaram-se um baluarte contra a autoridade estatal. Eles sancionam o direito do empresário de desfrutar plenamente das possibilidades oferecidas pela economia de mercado, impondo ao Estado que interfira o mínimo possível no jogo das forças econômicas e se limite a sancionar, como garante da segurança jurídica, os contratos celebrados pelos sujeitos que operam no mercado" (RAISER, Ludwig. La libertà contrattuale oggi, cit., 1990, p. 54). Tradução livre do original: "*L'autonomia privata, con la libertà contrattuale, la libertà all'esercizio della proprietà e la libertà di commercio e professionale, fu la principale rivendicazione del programma liberale che si proponeva di accrescere il benessere economico liberando le forze morali, politiche ed economiche dell'individuo. In base a queste premesse, i postulati di libertà divennero baluardo contro l'autorità estatale. Essi sanciscono il diritto dell'imprenditore di sfruttare appieno le possibilità offerte dall'economia di mercato, imponendo allo Stato di interferire il meno possibile nel gioco delle forze economiche e di limitarsi a sanzionare, come garante della sicurezza giuridica, i contratti conclusi dai soggetti che operano sul mercato*". O estudo fora originariamente publicado em RAISER, Ludwig. Vertragsfreiheit heute. *Juristenzeitung*, n. 1. Tübingen: J. C. B. Mohr, p. 1-8, 5. Jan./1958. Para um relato sobre algumas manifestações características do liberalismo econômico sobre o Estado moderno, v., ainda, GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, cit., p. 15 e ss.

[97] A ilustrar a invocação do conhecido adágio liberal, veja-se: "*Le pouvoir social n'aura qu'à laisser faire, laisser passer*" (MORIN, Gaston. *La loi et le contrat*, cit., p. 52). Em tradução livre: "O poder social não terá a fazer nada mais do que deixar fazer, deixar passar".

[98] "Levada a suas consequências extremas, a doutrina que nega a autonomia da vontade leva a uma regulamentação tirânica e a uma destruição da prosperidade nascida do livre comércio. Ela não pode se reconciliar com o modo atual de circulação e de distribuição das riquezas e só poderia ser aplicada em uma ordem social diferente, cujo valor moral e econômico não foi demonstrado" (PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. *Tome VI* : Obligations. *Première Parte*. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1930, p. 23). Registre-se, por oportuno, que os próprios autores mitigam a ideia preliminarmente enunciada: "O princípio da liberdade das convenções é uma peça indispensável de um regime que reconhece a propriedade privada e a liberdade de trabalho. O legislador deve se esforçar apenas para prevenir seus excessos, protegendo os contratantes contra as surpresas e as injustiças do contrato e, principalmente, proibindo-os de tocar, por suas convenções privadas, as relações que interessam à ordem pública" (Ibid., p. 23). Tradução livre do original: "*Poussée jusqu'à ses conséquences extrêmes la doctrine qui nie l'autonomie de la volonté aboutit à une réglementation tyrannique et à une destruction de la prospérité née du commerce libre. Elle ne peut se concilier avec le mode actuel de circulation et de distribution des richesses et ne pourrait être appliquée que dans un ordre social différent, dont la valeur morale et économique n'est pas démontrée*"; "*Le principe de la liberté des conventions est une pièce indispensable d'un régime qui reconnaît la propriété privée et la liberté du travail. Le législateur doit seulement s'efforcer d'en prévenir les excès en protégeant les contractants contre les surprises et les injustices du contrat, et surtout en leur interdisant de toucher par leurs conventions privées aux rapports qui intéressent l'ordre public*".

[99] "Na perspectiva liberal, o ordenamento jurídico 'não se preocupa que o contrato seja objetivamente justo ou equitativo [...], mas preocupa-se, sobretudo, que ele seja cumprido regularmente' (...). Importante era assegurar a vontade livre, invalidando, portanto, pactos resultantes da vontade viciada. A justiça contratual, portanto,

contrato com base em parâmetros valorativos externos à vontade das partes. A preocupação do civilista haveria de se resumir à proteção da autonomia da vontade, a fim de assegurar que as declarações negociais tivessem nascido da vontade livre e genuína do indivíduo.[100]

Tal ordem de preocupação se associa diretamente ao notável esforço da doutrina tradicional – a que se segue, sem maior ruptura quanto a este ponto, a doutrina contemporânea – de apuração do estudo do processo de formação dos contratos.[101] Partindo-se da premissa de que o foco da atenção deveria residir na higidez da vontade negocial, parecia mesmo coerente tamanho cuidado com o *iter* que, acaso livre de irregularidades, conduziria a um pacto de observância obrigatória.[102] As consequências do quanto exposto podem ser percebidas, por

---

resultava do próprio processo de formação do contrato" (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme. Fontes e evolução do princípio do equilíbrio contratual, cit., p. 393).

[100] Pertinente o relato de Emmanuel Gounot acerca da teoria contratual clássica: "Essa é a concepção puramente formal do direito. Nesse sistema, o direito deve se preocupar apenas com a forma exterior das relações humanas; ele deve simplesmente se esforçar para garantir a sua liberdade. Mas desde que essas relações sejam livres, pouco importa o seu objeto e a finalidade a que se destinam, pouco importa a natureza dos interesses de todos os tipos que se encontrem envolvidos. Todo ato de vontade individual tem, sem dúvida, um conteúdo: não se pode querer sem se querer 'alguma coisa'; mas o direito deve se desinteressar por essa 'alguma coisa', objeto da vontade; basta que essa 'alguma coisa' seja livremente desejada, para que se torne justa e para que seja legítima o emprego da coerção para de proteger a sua realização" (GOUNOT, Emmanuel. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, cit., p. 75). Tradução livre do original: "*C'est là la conception purement formelle du droit. Dans ce système, le droit n'a à se préoccuper que de la forme extérieure des rapports humains; il doit simplement s'efforcer d'en assurer la liberté. Mais pourvu que ces rapports soient libres, peu importe leur objet et le but auquel ils tendent, peu importe la nature des intérêts de toutes sortes qui s'y trouvent engagés. Tout acte de volonté individuelle a sans doute un contenu: on ne peut vouloir sans vouloir quelque chose; mais le droit doit se désintéresser de ce 'quelque chose', objet de la volonté; il suffit que ce 'quelque chose' soit librement voulu, pour qu'il devienne juste et pour que soit légitime l'emploi de la contrainte en vue d'en protéger la réalisation*".

[101] "A economia clássica e o liberalismo econômico reconheceram plena liberdade às forças econômicas, abatendo todo obstáculo à livre formação dos preços no mercado, na convicção de que isso produzisse automaticamente, graças à lógica do sistema, um bem-estar geral garantisse contemporaneamente a nível individual a justiça comutativa. Nesse espírito, o Código Civil [BGB] e a doutrina do seu tempo se preocuparam, sobretudo, em controlar o processo de conclusão do contrato, a fim de garantir a formação de uma vontade livre de erros e de interferências ilícitas. Com base nessas premissas, o legislador, ao reconhecer a validade do contrato assim celebrado, manteve uma posição de neutralidade livre de juízos de valor" (RAISER, Ludwig. Funzione del contratto e libertà contrattuale, cit., p. 99-100). Tradução livre do original: "*L'economia classica e il liberalismo economico hanno riconosciuto piena libertà alle forze economiche, abbattendo ogni ostacolo alla libera formazione dei prezzi sul mercato, nella convinzione che ciò producesse automaticamente, grazie alla logica del sistema, un benessere generale e garantisse contemporaneamente a livello individuale la giustizia commutativa. In questo spirito, il Codice civile* [BGB] *e la dottrina del suo tempo si sono preoccupati soprattutto di controllare il procedimento di conclusione del contratto al fine di garantire la formazione di una volontà esente da errori e da interferenze illecite. Sulla base di queste premesse il legislatore nel riconoscere validità al contratto così concluso ha mantenuto una posizione di neutralità libera da giudizi di valore*". Pertinentes, ainda, os relatos de ROPPO, Enzo. Contratto: II) Formazione del contratto – dir. civ. In: PARADISI, Bruno (Coord.). *Enciclopedia Giuridica*. Vol. XV. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, [1991], p. 1; e KRAMER, Ernst A. *Die „Krise" des liberalen Vertragsdenkens*. München: Wilhelm Fink, 1974, p. 22 e ss.

[102] "No direito civil clássico, o fundamento de qualquer intervenção nas relações privadas era, primordialmente, a proteção da autonomia da vontade. Os negócios entre particulares eram limitados pelo Estado essencialmente com o objetivo de assegurar sua liberdade para negociar: o direito subjetivo de um limitado pelo direito subjetivo do outro. O princípio fundamental por trás da validade e eficácia vinculante dos contratos era a liberdade de contratar. Essa liberdade, todavia, era apreendida sob uma perspectiva puramente formal: se o contratante manifestara a vontade livremente, está adstrito ao contratado (*pacta sunt servanda*), mas se essa manifestação de vontade fosse perturbada de alguma forma, o ordenamento intervinha para liberá-lo dos efeitos daquele negócio

exemplo, na relevância atribuída às disciplinas das incapacidades de exercício, dos vícios do consentimento e, também, especificamente da proposta e da aceitação no bojo da formação dos contratos.[103]

Desde que assegurada a legitimidade do processo de formação dos contratos e desde que manifestada, por sujeito capaz de exercício, uma vontade livre e ausente de vícios do consentimento, afigurar-se-ia irrelevante o conteúdo da avença – ressalvadas as limitações (tidas por excepcionais e externas) a que já se pôde fazer menção.[104] Eventual *desequilíbrio* (em sentido economicista de desproporção de valor entre as prestações), desde que livremente pactuado por sujeitos capazes sem violar os excepcionais limites postos em lei, jamais justificaria a intervenção do Estado-juiz no conteúdo do contrato.[105]

A liberdade de fixação de preços, vinculada à *lei* econômica da oferta e da procura, ressaía, nesse contexto, como o símbolo da crença liberal de que o respeito absoluto à vontade individual findaria por promover a potencialização das relações econômicas pautadas no livre comércio.[106] Não é de se estranhar, enfim, a observação doutrinária segundo a qual o já referido postulado liberal clássico "*laisser faire, laisser passer*" ("deixar fazer, deixar passar", em tradução livre) completar-se-ia implicitamente com um imperativo de "*laisser contracter*" ("deixar contratar", em tradução livre).[107]

---

e assegurar sua autonomia. Trata-se de um direito contratual fundado sobre o dogma da autonomia da vontade" (KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 99, p. 101-123, maio-jun./2015, item 3).

[103] Assim relata Ludwig Raiser: "Dada a premissa de que cada participante do tráfego jurídico pode e deve tutelar, em primeira pessoa, seus próprios interesses, a vontade do sujeito se torna central e o que é acordado pelas partes contraentes adquire validade desde que eles tenham plena capacidade de contratar e não sofram prejuízos derivados dos chamados vícios da vontade. O contrato assim celebrado está protegido contra qualquer violação, independentemente do seu conteúdo" (RAISER, Ludwig. La libertà contrattuale oggi, cit., p. 54). Tradução livre do original: "*Data la premessa in base alla quale ogni partecipante al traffico giuridico può e deve tutelare in prima persona il proprio interesse, la volontà del soggetto diventa centrale e quanto pattuito dai contraenti acquista validità purché essi abbiano piena capacità di contrarre e non subiscano pregiudizi derivati dai cosiddetti vizi della volontà. Il contrato così concluso viene tutelato contro ogni violazione, indipendentemente dal suo contenuto*".

[104] A identificar a associação da teoria contratual clássica entre a *justiça contratual*, de um lado, e a vontade ou a capacidade dos sujeitos, de outro lado, v. VETTORI, Giuseppe. Autonomia privata e contratto giusto. *Rivista di Diritto Privato*, a. V, n. 1, p. 21-50, *gen.-mar*/2000, p. 37.

[105] "A força da lei de um contrato 'desequilibrado' somente seria atacável na presença de uma lesão, direta ou indireta, à integridade do querer da parte desfavorecida" (VETTORI, Giuseppe. Autonomia privata e contratto giusto, cit., p. 42). Tradução livre do original: "*La forza di legge di un contratto 'squilibrato' non era inattaccabile, in passato, se non in presenza di una lesione dell'integrità del volere, diretta o indiretta della parte svantaggiata*".

[106] Ao analisar a teoria contratual clássica, Giusseppe Vettori identifica o que denomina de uma "noção de justiça contratual, conatural à potencialização do livre comércio" (VETTORI, Giuseppe. Autonomia privata e contratto giusto, cit., p. 22). Tradução livre do original: "*nozine di giustizia contrattuale, connaturale al potenziamento del libero scambio*". A ilustrar o raciocínio relatado, v., por todos, STOICESCO, Costantino. L'intervento dello Stato nei rapporti giuridici tra privati, cit., p. 136 e ss.

[107] "São completamente transparentes a razão de política econômica e a mentalidade subentendida nessas afirmações. O valor da autonomia e da liberdade contratual se identificam com a utilidade social, assim como a lei da oferta e procura expressa o interesse geral; para favorecer as trocas, é necessário fortalecer a estabilidade

À luz desse paradigma contratual clássico, a higidez da vontade negocial e a regularidade do processo de formação dos contratos seriam os critérios determinantes (no mais das vezes, exclusivos) para a definição da *justiça contratual* (ora tomada em acepção lata de juízo de legitimidade sobre o contrato).[108] Poder-se-ia associar a compreensão da justiça contratual no paradigma liberal clássico a um caráter fundamentalmente procedimental, i.e., preocupado com a higidez do processo de formação da avença e não diretamente com o seu conteúdo.[109] Inexistiria, assim, um padrão material de *justiça* exterior à própria vontade das partes que devesse servir de critério para a valoração das suas convenções privadas.[110] A vontade individual livre seria, ela própria, o critério para a definição da *justiça* do contrato, de modo a se concluir que "*tout contrat libre est un contrat juste*" ("todo contrato livre é um contrato justo").[111]

Uma breve análise linguística permite perceber que o adjetivo *justo* terminava por atuar como autêntico sinônimo do adjetivo *contratual*, como se depreende da fórmula tornada

---

do contrato; o princípio *laisser faire* é completado implicitamente com o princípio *laisser contracter*" (VETTORI, Giuseppe. Autonomia privata e contratto giusto, cit., p. 21-22). Tradução livre do original: "*È del tutto trasparente la ragione di politica economica e la mentalità sottesa a tali affermazioni. Il valore dell'autonomia e della libertà contrattuale si identificano con l'utilità sociale, così come la legge della domanda e dell'offerta esprimono l'interesse generale; per favorire gli scambi è necessario rafforzare la stabilità del contratto; il principio del* laisser faire *si completa implicitamente con il principio del* laisser contracter". Para um relato semelhante no que tange ao postulado liberal clássico de intervenção mínima do Estado nos contratos, v., ainda, JOSSERAND, Louis. Le contrat dirigé, cit., p. 89.

[108] Pertinente, ao propósito, o relato crítico de Gounot sobre a noção liberal segundo a qual a *justiça* se definiria a partir da livre vontade individual: "Todo vínculo livre é justo e, portanto, deve ser sancionado pelo direito positivo: tal é o segundo postulado da doutrina clássica da autonomia. Na sociedade ideal, não apenas a vontade individual é a única fonte de direitos e de obrigações, mas ela desfruta, no exercício dessa autonomia, de absoluta liberdade. Nada, em princípio, limita seu poder jurídico criador. As vontades contratantes não precisam se curvar a uma justiça superior: elas criam, elas próprias, o justo. 'Quem diz contratual, diz justo', de modo que lhes podemos aplicar a palavra de Rousseau: 'O soberano, pelo simples fato de sê-lo, é sempre aquilo que deve ser'" (GOUNOT, Emmanuel. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, cit., p. 73). Tradução livre do original: "*Tout engagement libre est juste et partant doit être sanctionné par le droit positif: tel est le second postulat de la doctrine classique de l'autonomie. Dans la société idéale, non seulement la volonté individuelle est la source unique des droits et des obligations, mais elle jouit dans l'exercice de cette autonomie d'une absolue liberté. Rien, en principe, ne limite sa puissance juridique créatrice. Les volontés qui contractent n'ont pas à se plier à une justice supérieure: elles créent elles-mêmes le juste. 'Qui dit contractuel, dit juste'. En sorte qu'on peut leur appliquer le mot de Rousseau: 'Le souverain, par cela seul qu'il est, est toujours ce qu'il doit être'*".

[109] Assim relata KRAMER, Ernst A. *Die „Krise" des liberalen Vertragsdenkens*, cit., p. 21.

[110] "No modelo liberal clássico, o Direito, confiando no jogo livre das vontades individuais, abdicava de intervir nos clausulados negociais, sob pena de ser acusado de restringir indevidamente a autonomia privada. A ordem jurídica se limitava, por conseguinte, a conferir a legalidade formal do ato de autonomia e sua correspondência à vontade das partes, mantendo-se indiferente à justeza material dos arranjos de interesses" (TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Boa-fé, função social e equilíbrio contratual: reflexões a partir de alguns dados empíricos. In: *Princípios contratuais aplicados*: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 1).

[111] Assim relata Emmanuel Gounot: "Em matéria de contratos, os indivíduos gozarão, portanto, da mais completa autonomia. A única tarefa do direito é garantir a igualdade das liberdades presentes; todo contrato livre é um contrato justo, qualquer que seja o seu conteúdo" (GOUNOT, Emmanuel. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, cit., p. 76). Tradução livre do original: "*En matière de contrats, les individus jouiront donc de l'autonomie la plus complète. La seule tâche du droit est d'assurer l'égalité des libertés en présence; tout contrat libre est un contrat juste, quel qu'en soir par ailleurs le contenu*".

célebre pelo ideal liberal: "*Qui dit contractuel, dit juste*" ("Quem diz contratual, diz justo").[112] Não só a *justiça,* mas igualmente – e com mais direta relevância para o presente estudo – a noção de *equilíbrio* era associada à vontade livremente manifestada por sujeitos capazes.[113] O contrato reputar-se-ia equilibrado pela mera razão da ausência de vícios no seu processo de formação. Não é por acaso que já se identificou, em relato ao paradigma liberal clássico, uma "formação espontânea do equilíbrio contratual na livre concorrência".[114] Ressaía, assim, a proeminência da vontade das partes para a definição do equilíbrio do contrato, o qual se confundiria com a própria convergência de declarações de vontade que se exige para a formação da avença: "Equilíbrio econômico-financeiro é, portanto, em sentido lato, o ponto de encontro das vontades contratuais".[115] Vinculavam-se intimamente, em suma, a *justiça contratual*, o *equilíbrio contratual* e o dogma da vontade.[116]

---

[112] A célebre expressão parece ter se difundido a partir da obra do filósofo francês Alfred Fouillée, que concluiu seu clássico "*La science sociale contemporaine*" com a frase: "*qui dit contractuel dit juste*" (FOUILLÉE, Alfred. *La science sociale contemporaine*. 2. éd. Paris: Hachette, 1885, p. 410). Embora tal formulação tenha sido frequentemente associada ao paradigma da teoria contratual clássica (v., por todos, GOUNOT, Emmanuel. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, cit., p. 73), não parece inoportuna uma ressalva quanto à importância de se investigar detidamente a adequação ou não de tal enfrentamento teórico da referida passagem – inserta em estudo (não propriamente jurídico) voltado à compreensão da igualdade e da fraternidade no âmbito das ciências sociais. A ilustrar as origens da dúvida suscitada, veja-se o trecho com que se encerra a obra em comento: "A ideia jurídica de obrigações contratuais e a ideia biológica de funções vitais são uma e outra suscetíveis de uma definição e de uma delimitação exatas; ora, a fraternidade é apenas uma consequência dessas ideias. Nós somos irmãos porque aceitamos voluntariamente um mesmo ideal ao entrar na sociedade e porque nos obrigamos a formar uma mesma família; nós somos irmãos também porque nós somos naturalmente membros de um mesmo organismo, porque nós não podemos viver ou nos desenvolver uns sem os outros, porque nossa própria moralidade está ligada ao estado social e à moralidade do conjunto. Em definitivo, a ideia de um organismo contratual é idêntica à de uma fraternidade regrada pela justiça, porque quem diz organismo diz fraternidade e quem diz contratual diz justo" (FOUILLÉE, Alfred. *La science sociale contemporaine*, cit., p. 410). Tradução livre do original: "*L'idée juridique d'*obligations *contractuelles et l'idée biologique de* fonctions *vitales sont l'une et l'autre susceptibles d'une définition et d'une délimitation exactes; or la fraternité n'est qu'une conséquence de ces idées. Nous sommes frères parce que nous acceptons volontairement un même idéal en entrant dans la société et que nous nous obligeons à former une mème famille; nous sommes frères aussi parce que nous sommes naturellement membres d'un même organisme, parce que nous ne pouvons vivre ou nous développer les uns sans les autres, parce que notre moralité même est liée à l'état social et à la moralité de l'ensemble. En définitive, l'idée d'un organisme contractuel est identique à celle d'une fraternité réglée par la justice, car qui dit* organisme *dit* fraternité, *et qui dit* contractuel *dit* juste".

[113] Assim relata Giuseppe Osti ao analisar o paradigma liberal clássico: "O espírito que informava as normas se resumia, portanto, na preocupação de tutelar a livre colaboração econômica dos sujeitos, mediante a composição espontânea dos interesses em conflito em um equilíbrio contratual assegurado pura e simplesmente pelo concurso e pelo acordo das vontades dos interessados" (OSTI, Giuseppe. Contratto, cit., p. 478). Tradução livre do original: "*Lo spirito che ne informava le norme si riassumeva quindi nella preoccupazione di tutelare la libera collaborazione economica dei soggetti, attraverso la spontanea composizione degli interessi in conflitto in un equilibrio contrattuale assicurato puramente e semplicemente dal concorso e all'accordo delle volontà degli interessati*". Precisamente nesse sentido, também relata Darcy Bessone: "Segundo a doutrina clássica, o contrato é sempre justo, porque, se foi querido pelas partes, resultou da livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contratantes. Teoricamente, o equilíbrio das prestações é de presumir-se, pois" (BESSONE, Darcy. *Do contrato*: teoria geral, cit., p. 31 e ss.). V., ainda, o relato fornecido por MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme. Fontes e evolução do princípio do equilíbrio contratual cit., p. 392.

[114] OSTI, Giuseppe. Contratto, cit., p. 478. Tradução livre do original: "*formazione spontanea dell'equilibrio contrattuale nella libera concorrenza*".

[115] A passagem remonta à lição de João Baptista Villela: "Se é assim, deve-se concluir que o equilíbrio econômico-financeiro seria um conceito inútil, quem sabe mesmo prejudicial? De modo algum. O que se tem de

Tal forma de compreensão do fenômeno contratual veio a ser alvo de diversas críticas doutrinárias – às quais far-se-á menção mais detida na sequência. Veio a se configurar, então, um embate teórico entre, de um lado, a defesa de uma maior intervenção estatal nos contratos (e na economia, em geral), e, de outro lado, a defesa de um (re)fortalecimento da liberdade contratual. Esse cenário é bem ilustrado pelo emblemático debate travado na doutrina anglo-saxã: à enunciação (ainda que nem sempre em tom de defesa), de uma parte, da *morte do contrato*[117] ou da *queda da liberdade contratual*[118] se contrapôs frontalmente a proclamação, de outra parte, da (re)*ascensão da liberdade contratual*.[119]

A defesa do (re)fortalecimento da liberdade contratual, aliás, parece ser uma espécie de tendência contemporânea. Isso porque, sem embargo do relativo enfraquecimento por que

---

compreender é que o senhor do conceito são as partes. (...) Pois bem, quando as partes chegam àquele momento mágico em que fechar o contrato lhes parece preferível a não o fechar, deram de frente com o equilíbrio econômico-financeiro. Equilíbrio econômico-financeiro é, portanto, em sentido lato, o ponto de encontro das vontades contratuais. Pouco importa que as prestações se equivalham ou não, do ponto de vista dos seus valores de troca. Para as partes é certo que se equivalem. Se não se equivalessem, não teriam contratado" (VILLELA, João Baptista. Equilíbrio do contrato: os números e a vontade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Obrigações e contratos*. Volume III: contratos: princípios e limites. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 780). Em sentido similar, afirma-se: "O equilíbrio do negócio é o definido pelas partes. O juízo a respeito de sua conveniência responde a critérios contingentes. No futuro, a decisão da parte pode se revelar mais ou menos adequada. Nada disso, todavia, importa à definição da disciplina da relação jurídica. Ninguém pode retroceder de um contrato simplesmente porque o resultado não lhe foi favorável. Raciocinar de maneira diversa priva de força vinculante os negócios jurídicos, o que não pode ser sustentado com seriedade" (ZANETTI, Cristiano de Sousa. O risco contratual, cit., p. 457).

[116] "Assim, as intervenções visavam a eliminar o desequilíbrio nos negócios – normalmente por meio da extinção do próprio negócio, já que não era admissível, em princípio, a intervenção modificativa do seu conteúdo – apenas quando a vontade das partes não tivesse se manifestado livremente, razão pela qual era reputado um sistema voluntarista. Dessa forma, as categorias jurídicas utilizadas para a intervenção reequilibradora eram, principalmente, os vícios de vontade dos negócios jurídicos e o regime das incapacidades, compreendidos como instrumentos de proteção da liberdade de disposição do patrimônio" (KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial, cit., item 3). Para tal relato do paradigma clássico, v., ainda, GUERCHON, Dan. Independência dos princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual e as dificuldades enfrentadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Princípios contratuais aplicados*: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 294; e FAJNGOLD, Leonardo. Um alerta para a contratação na atualidade: o choque entre a manutenção das condições pactuadas individualmente e o equilíbrio do sistemas nas redes contratuais. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Princípios contratuais aplicados*: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 361.

[117] Expressão consagrada no título da obra clássica de GILMORE, Grant. *The Death of Contract*. Columbus: Ohio State University Press, 1974. Em sentido semelhante, a proclamar a perda da soberania do contrato (e da lei) no âmbito do direito francês, v. MORIN, Gaston. *La loi et le contrat*, cit., p. 49 e ss.

[118] Expressão consagrada no título da obra clássica de ATIYAH, Patrick Selim. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. New York: Oxford Clarendon Press, 1979.

[119] Ilustrativa desse movimento é a obra coletiva BUCKLEY, Francis H. (Coord.). *The Fall and Rise of Freedom of Contract*. Durham-London: Duke University Press, 1999. Esta obra coletiva foi produto de uma série de colóquios realizados entre os anos de 1996 e 1997 sob o fio condutor do "renascimento da liberdade contratual, após um período de declínio nos anos 1970", como se depreende do prefácio elaborado pelo seu coordenador (BUCKLEY, Francis H. Prefácio a *The fall and rise of freedom of contract*. Durham-London: Duke University Press, 1999, p. XI. Tradução livre do original). Digna de nota, ainda, a circunstância de que o título adotado para a obra coletiva contém jogo de palavras ("A queda e a ascensão", em tradução livre do original "*The Fall and Rise*") que claramente resulta da inversão da expressão constante do título da supramencionada obra de Patrick Selim Atiyah ("A ascensão e a queda", em tradução livre do original "*The Rise and Fall*").

passou o paradigma contratual clássico em razão das críticas que já se lhe dirigiram, verifica-se, tanto no plano internacional quanto no plano doméstico (no Brasil e alhures), certo movimento de um renascer da proclamação do paradigma liberal com vigor assemelhado ao de outrora.[120]

No plano internacional, os instrumentos de *soft law*[121] constituem boas ilustrações do movimento que pode ser associado, em certa medida, a um renascer (ou fortalecimento) do modelo liberal clássico. A título puramente ilustrativo, vejam-se, inicialmente, os Princípios UNIDROIT – abreviação usualmente adotada para se referir aos "Princípios sobre Contratos Comerciais Internacionais", elaborados pelo Instituto para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT).[122] Publicados inicialmente em 1994 (e já em sua 4ª edição no ano de 2016), os Princípios UNIDROIT são inaugurados justamente pela proclamação da liberdade contratual (art. 1.1),[123] tendo sido ela apontada pelo próprio instrumento como "*a basic principle in the*

[120] A ilustrar a defesa enfática do fortalecimento da liberdade contratual, v., entre outros, EPSTEIN, Richard A. Contracts Small and Contract Large: Contract Law through the Lens of Laissez-Faire. In: BUCKLEY, Francis H. (Coord.). *The Fall and Rise of Freedom of Contract*. Durham-London: Duke University Press, 1999, *passim*; e MURIS, Timothy J. In Defense of the Old Order. In: BUCKLEY, Francis H. (Coord.). *The Fall and Rise of Freedom of Contract*. Durham-London: Duke University Press, 1999, *passim*.

[121] "Técnicas suaves de codificação [*soft codification techniques*] produzem instrumentos jurídicos não vinculativos. Os destinatários de regras não rígidas podem voluntariamente decidir conformar seu comportamento a eles. Em outras palavras, o *soft law* apenas expressa uma preferência por determinado comportamento. Como os instrumentos de *soft law* não dão origem a obrigações executáveis para os Estados, eles não precisam ser ratificados ou incorporados a cada sistema jurídico doméstico. Os instrumentos de *soft law* podem ser redigidos e depois utilizados pelos Estados – por exemplo, para modelar nova legislação sobre o *soft law* – e por atores não estatais ou partes privadas – os últimos usando o *soft law* para informar, por exemplo, a elaboração de seus contratos. Eles também podem ser seguidos por legisladores que realizam reformas legislativas, bem como podem ser aplicados por juízes ou tribunais arbitrais ao decidirem disputas comerciais e de investimento além-fronteiras" (ALBORNOZ, María Mercedes; MARTÍN, Nuria González. Towards the uniform application of party autonomy for choice of law in international commercial contracts. *Journal of Private International Law*, vol. 12, n. 3, p. 437-465, 2016, p. 457-458). Tradução livre do original: "*Soft codification techniques produce non-binding legal instruments. The recipients of non-hard rules may voluntarily decide to conform their behaviour to them. Put differently, soft law only expresses a preference for certain behaviour. As soft law instruments do not give rise to enforceable obligations for states, they do not need to be ratified or incorporated to each domestic legal system. Soft law instruments can be drafted and then be used by states – for example to model new legislation on the soft law –, and by non-state actors or private parties – the latter using the soft law to inform, for example, the drafting of their contracts. They may also be followed by legislators who undertake legislative reforms, or be applied by judges or arbitral tribunals deciding cross-border trade and investment disputes*". Para uma análise do conceito de *soft law*, com especial enfoque nos Princípios UNIDROIT, remete-se, ainda, a GAMA JR., Lauro. *Contratos internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004*: *soft law*, arbitragem e jurisdição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 228 e ss. Para uma investigação especificamente acerca da natureza jurídica dos Princípios *UNIDROIT*, v. BASEDOW, Jürgen. Uniform law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. In: *Uniform Law Review / Revue de Droit Uniforme*, vol. V, p. 129-139, 2000-1, *passim*.

[122] Tradução livre do original, em inglês: "*Principles of International Commercial Contracts*", elaborados pelo *International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)*, usualmente referidos por *UNIDROIT Principles*.

[123] *In verbis*: "*Article 1.1 (Freedom of contract) The parties are free to enter into a contract and to determine its content". Em tradução livre: "As partes são livres para celebrar um contrato e para determinar seu conteúdo*" (*Principles of International Commercial Contracts*. Roma: International Institute for the Unification of Private Law, 1994, p. 7. Disponível em: https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-

context of international trade" ("um princípio básico no contexto do comércio internacional", em tradução livre).[124] Em sede doutrinária, já se aludiu à liberdade contratual como a "*Grundnorm*" ("norma fundamental", em tradução livre) dos Princípios UNIDROIT.[125]

Também merece destaque, especificamente na experiência comunitária europeia em *soft law*, o Projeto de Quadro Comum de Referência (*Draft Common Frame of Reference*) de 2009.[126] Trata-se do produto do esforço comum de juristas reunidos no âmbito da Comissão Europeia no intuito de esboçar regras de direito privado (sobretudo, em relação a obrigações, responsabilidade civil e direitos reais) a serem adotadas pelos ordenamentos nacionais. No que tange ao objeto precípuo do presente estudo, a liberdade contratual é estatuída pelo dispositivo II. – 1:102(1)[127] e identificada, nos comentários ao Projeto, como fator que usualmente conduz à *justiça*.[128]

1994. Acesso em 17/1/2020). A 4ª edição dos Princípios UNIDROIT, publicada em 2016, encontra-se disponível em: https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016. Acesso em 17/1/2020.

[124] Veja-se o comentário do instrumento ao mencionado art. 1º: "Liberdade contratual como um princípio básico no contexto do comércio internacional. O princípio da liberdade contratual é de suma importância no contexto do comércio internacional. O direito dos empresários de decidirem livremente a quem eles oferecerão seus bens ou serviços e por quem desejam ser fornecidos, bem como a possibilidade de concordarem livremente com os termos das transações individuais, são as pedras angulares de uma ordem econômica internacional aberta, orientada para o mercado e competitiva" (*Principles of International Commercial Contracts*. Roma: International Institute for the Unification of Private Law, 1994, p. 7). Tradução livre do original: "*Freedom of contract as a basic principle in the context of international trade. The principle of freedom of contract is of paramount importance in the context of international trade. The right of business people to decide freely to whom they will offer their goods or services and by whom they wish to be supplied, as well as the possibility for them freely to agree on the terms of individual transactions, are the cornerstones of an open, market-oriented and competitive international economic order*". Na mesma linha de sentido, a identificar a relevância central da liberdade contratual no comércio internacional, v. MELÉNDEZ, Miguel Ángel Pendón. Art. 1.1. In: HERRERA, Lucía Alvarado *et alii*. *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*. 2. ed. Navarra: Thomson Aranzadi, 2003, p. 55-56.

[125] "A liberdade contratual constitui a *Grundnorm* da qual todas as outras regras derivam de modo a se constituir o sistema dos *PICC* [sigla em inglês para *Principles of International Commercial Contracts* – Princípios de Contratos Comerciais Internacionais]. Como regra geral, todos devem ser livres nesta decisão de celebrar ou não um contrato e, se um contrato for desejado, em que termos" (KLEINHEISTERKAMP, Jan. Art. 1.1 (Freedom of contract). In: VOGENAUER, Stefan; KLEINHEISTERKAMP, Jan (Orgs.). Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 118). Tradução livre do original: "*The freedom of contract constitutes the* Grundnorm *from which all other rules derive so as to constitute the system of the PICC* [*Principles of International Commercial Contracts*]. *As a rule, everybody is to be free in this decision whether or not to enter a contract, and if a contract is wanted, on what terms*". O autor analisa, na sequência, diversas manifestações da liberdade contratual no seio dos Princípios *UNIDROIT* (Ibid., p. 118-119).

[126] Disponível em: https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf. Acesso em 17/1/2020.

[127] *In verbis*: "II. – 1:102: *Party autonomy (1) Parties are free to make a contract or other juridical act and to determine its contents, subject to any applicable mandatory rules*". Em tradução livre: "II. – 1:102: Autonomia da parte (1) As partes são livres para celebrar um contrato ou outro ato jurídico e para determinar seu conteúdo, sujeito a quaisquer regras obrigatórias aplicáveis".

[128] "Em situações normais, não há incompatibilidade entre liberdade contratual e justiça. De fato, foi afirmado que, em algumas situações, a liberdade contratual, sem mais, leva à justiça. Se, por exemplo, as partes de um contrato estiverem totalmente informadas e em uma igual posição de negociação ao concluí-lo, presume-se que o conteúdo da sua avença seja do seu interesse e seja justo entre elas. '*Qui dit contractuel, dit juste*'" (BAR, Christian von; CLIVE, Eric; SCHULTE-NÖLKE, Hans (Orgs.). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Munich: Sellier, 2009, p. 62-63). Tradução livre do original: "*In normal situations there is no incompatibility between contractual freedom and justice.*

Não apenas no *soft law*, mas também no plano do direito positivo de cunho internacional se verificam manifestações do fenômeno sob exame. O exemplo mais emblemático do quanto exposto parece ser a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG, sigla da denominação em inglês – *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*). Elaborada sob os auspícios da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional[129] (UNCITRAL, sigla da denominação em inglês – *United Nations Commission on International Trade Law*), a Convenção foi firmada (inclusive pelo Brasil) em conferência diplomática em 1980, na cidade de Viena.[130]

Considerada um *princípio básico* na venda internacional de mercadorias, a liberdade contratual é explicitamente associada pelo Secretariado da UNCITRAL à previsão (constante do art. 6º)[131] que confere às partes a prerrogativa de excluir (total ou parcialmente) ou alterar os efeitos das disposições contidas na CISG.[132] Também em sede doutrinária se proclama que a liberdade contratual, manifestada no mencionado dispositivo, consistiria na principal

---

*Indeed it has been claimed that, in some situations, freedom of contract, without more, leads to justice. If, for instance, the parties to a contract are fully informed and in an equal bargaining position when concluding it, the content of their agreement can be presumed to be in their interest and to be just as between themselves. '*Qui dit contractuel, dit juste *'*".

[129] Como relata FRADERA, Véra Jacob de. A saga da uniformização da compra e venda internacional: da *lex mercatoria* à Convenção de Viena de 1980. In: FRADERA, Véra Jacob de; MOSER, Luiz Gustavo Meir (Org.). *A compra e venda internacional de mercadorias*: estudos sobre a Convenção de Viena de 1980. São Paulo: Atlas, 2011, p. 2.

[130] A versão original completa encontra-se disponível no *site* da *UNCITRAL*: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf. Acesso em 17/1/2020. Para um relato do processo de conclusão da adesão do Brasil à *CISG* (a culminar na edição do Decreto nº 8.327/2014 da Presidência da República), v. FACHIN, Luiz Edson. CISG, Código Civil e Constituição brasileira: paralelos congruentes sob os deveres de conformidade das mercadorias. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TRIPODI, Leandro (Coords.). *A CISG e o Brasil*: Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 533-534; BENETI, Ana Carolina. Brazil and the CISG: a question of legal certainty. *Internationales Handelsrecht*, vol. 15, n. 3, p. 98-101, 2015, *passim*. Da mesma autora, v., ainda, BENETI, Ana Carolina. A Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) e a questão do direito do consumidor. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TRIPODI, Leandro (Coords.). *A CISG e o Brasil*: Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 93-94; e BENETI, Ana Carolina. First CISG decision in Brazil: Brazilian courts take the first steps towards application of the CISG. *Internationales Handelsrecht*, vol. 18, n. 1, p. 8-11, 2018, p. 9-10.

[131] *In verbis*: "*The parties may exclude the application of this Convention or, subject to article 12, derogate from or vary the effect of any of its provisions*". Em tradução livre: "As partes podem excluir a aplicação desta Convenção ou, sujeito ao artigo 12, derrogar ou alterar o efeito de qualquer uma de suas disposições".

[132] Colhe-se da Nota Explanatória à *CISG* elaborada pelo Secretariado da UNCITRAL: "O princípio básico da liberdade contratual na venda internacional de mercadorias é reconhecido pela previsão que permite que as partes excluam a aplicação desta Convenção ou derroguem ou alterem o efeito de qualquer uma de suas disposições". Tradução livre do original: "*The basic principle of contractual freedom in the international sale of goods is recognized by the provision that permits the parties to exclude the application of this Convention or derogate from or vary the effect of any of its provisions*".

fundação da normativa estabelecida pela CISG.[133] Chega-se, enfim, a se afirmar que o referido art. 6º traduziria uma (re)inserção da autonomia da vontade no direito brasileiro.[134]

A disposição do art. 6º da CISG, aliás, coincide com uma larga (ainda que não unânime) tendência da doutrina do Direito Internacional Privado quanto ao reconhecimento da possibilidade de as partes, em contratos internacionais, elegerem a lei (legislação, direito)[135] a reger a sua relação.[136] Afirma-se, nessa linha de sentido, que decorreria diretamente da autonomia dos contratantes ("*party autonomy*")[137] a sua prerrogativa de definir

[133] Assim afirma VIEIRA, Iacyr de Aguilar. The CISG and Party Autonomy in Brazilian International Contract Law. *Panorama of Brazilian Law*, vol. 1, n. 1, p. 173-186, 2013, p. 173.

[134] "Este artigo 6, que consigna a regra do *opt in/opt out*, além da inegável importância para o funcionamento da compra e venda internacional ao trazer as mais flexíveis opções de escolha para as parte, reacende uma discussão que de longa data assola o direito brasileiro. O artigo 6 traz, em última análise, a autonomia da vontade para dentro da compra e venda internacional de mercadorias e, consequentemente, para dentro do direito brasileiro, reavivando o debate travado na comunidade jurídica acerca da existência da autonomia da vontade em contratos internacionais (...)" (ZUPPI, Alberto Luis; PESSÔA, Fernando J. Breda. A Convenção de Viena de 1980 sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias em vigor no Brasil o que se deve esperar?. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TRIPODI, Leandro (Coords.). *A CISG e o Brasil*: Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 548). Em sentido semelhante, v. VERONESE, Lígia Espolaor. *A Convenção de Viena de 1980*: substituição e complementação ao direito contratual brasileiro. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 38.

[135] Para essa específica finalidade, utilizam-se indistintamente os vocábulos *lei*, *legislação* e *direito*, todos eles utilizados pela doutrina especializada. Nada obstante o recurso recorrente a todas as referidas expressões, o rigor técnico aprece apontar para a preferência pelo vocábulo *direito* quando se pretender fazer menção ao arcabouço normativo a reger certa relação contratual.

[136] V., por todos, ALBORNOZ, María Mercedes; MARTÍN, Nuria González. Towards the uniform application of party autonomy for choice of law in international commercial contracts, cit., *passim*.

[137] Não se pode deixar de registrar a encontradiça – e não por isso menos inusitada – associação direta entre a expressão do inglês "*party autonomy*" e a liberdade de eleição do direito aplicável, em que esta liberdade é apresentada como o próprio conteúdo da noção de "*party autonomy*" – cuja tradução livre ao português tenderia a sinalizar para alguma noção de conteúdo certamente mais abrangente, como "autonomia privada", "autonomia negocial" ou mesmo a expressão menos apurada "autonomia da parte". Ilustrativamente, veja-se: "Entre as regras existentes em matéria de contratos internacionais e lei aplicável, a autonomia das partes – a liberdade das partes para determinar a lei aplicável ao seu acordo – tem sido reconhecida como um princípio universal por estudiosos e legislações" (ARAUJO, Nadia de; SALDANHA, Fabiola I. Guedes de C. Recent Developments and Current Trends on Brazilian Private International Law Concerning International Contracts. *Panorama of Brazilian Law*, vol. 1, n. 1, p. 73-83, 2013, p. 75). Tradução livre do original: "*Amongst the existing rules in the matter of international contracts and applicable law, party autonomy – the freedom of the parties to determine the law applicable to their agreement – has been acknowledged as a universal principle by scholars and legislations*". Ainda a ilustrar o quanto exposto acerca da noção de "*party autonomy*", v. HEISS, Helmut. Party Autonomy. In: FERRARI, Franco; LEIBLE, Stefan (Orgs.). *Rome I Regulation*: the law applicable to contractual obligations in Europe. München: Sellier, 2009, *passim*; e BORISOVA, Bojidara. Freedom of contract: Remarks on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement Article 6 of the CISG. In: FELEMEGAS, John (Org.). *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 43. Acontecimento semelhante se verifica no uso, pela doutrina alemã, do vocábulo "*Parteiautonomie*" (equivalente ao inglês "*party autonomy*"), como se depreende, ilustrativamente, de LÜTTRINGHAUS, Jan D. *Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Europäischen Binnenmarkt*: die Verbürgung und Materialisierung unionaler Vertragsfreihet im Zusammenspiel von EU-Privatrecht, BGB und ZPO. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018, p. 126 e ss. Diante da inevitável polissemia, a doutrina internacionalista propõe uma diferenciação entre a *autonomia da vontade na teoria geral do direito* e a *autonomia da vontade no direito internacional privado*: "Na ordem interna, autonomia significa que as partes podem fixar livremente o conteúdo dos contratos dentro dos limites da lei, ou seja, em face das normas imperativas e da ordem pública. É poder reconhecido pela ordem jurídica aos indivíduos de criar situações jurídicas. Por outro lado, na ordem

consensualmente o arcabouço normativo ao qual deverá submeter-se o contrato.[138] De qualquer modo, vale registrar que a mencionada tendência tem como marco significativo a aprovação, em 2015, dos "*Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*" ("Princípios de Haia relativos à Escolha da Lei Aplicável aos Contratos Comerciais Internacionais"), instrumento de *soft law* que explicita a prerrogativa em comento.[139]

O aparente acerto de tal linha de raciocínio não deve afastar, por certo, o respeito a algumas ressalvas fundamentais, tais como como o imperativo de tutela de vulnerabilidades e a incidência imperativa de normas (que venham a ser fundamentadamente consideradas) de ordem pública (como tendem a ser, por exemplo, as normas destinadas à proteção dos consumidores ou dos trabalhadores).[140] Feitas as ressalvas necessárias, esse realmente parece o melhor caminho a ser seguido no âmbito do direito brasileiro, como já reconhecido expressamente pelo legislador como regra geral no âmbito dos procedimentos arbitrais (art. 2º, § 1º, da Lei n. 9.307/1996 – conhecida como Lei da Arbitragem).[141] Expandindo-se a

---

internacional, a autonomia da vontade significa a liberdade das partes de escolherem outro sistema jurídico para regular o contrato" (ARAUJO, Nadia de. *Contratos internacionais*: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 51).

[138] "A autonomia das partes é um princípio que permite às empresas ou indivíduos que celebram contratos internacionais escolherem o direito a ser aplicado ao contrato. Em outras palavras, as partes de um contrato que possui conexões com mais de um Estado podem escolher o conjunto de regras legais que governarão sua transação" (ALBORNOZ, María Mercedes; MARTÍN, Nuria González. Towards the uniform application of party autonomy for choice of law in international commercial contracts, cit., p. 438). Tradução livre do original: "*Party autonomy is a principle that enables companies or individuals that enter into international contracts to choose the law that is to apply to the contract. In other words, parties to a contract that has connections with more than one state are allowed to choose the set of legal rules that will govern their transaction*".

[139] Versão original disponível em: https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=135. Acesso em 20/1/2020. Tradução para o português disponível em: https://assets.hcch.net/docs/875f0793-9618-4753-aec6-9450dcc01316.pdf. Acesso em 20/1/2020. Para um relato da relevância dos referidos Princípios de Haia, v. ALBORNOZ, María Mercedes; MARTÍN, Nuria González. Towards the uniform application of party autonomy for choice of law in international commercial contracts, cit., p. 438 e ss.

[140] Tais ressalvas são usualmente compartilhadas pela doutrina internacionalista (v., por todos, ALBORNOZ, María Mercedes; MARTÍN, Nuria González. Towards the uniform application of party autonomy for choice of law in international commercial contracts, cit., p. 452 e ss.), como evidenciam algumas passagens dos Princípios de Haia relativos à Escolha da Lei Aplicável aos Contratos Comerciais Internacionais: "Artigo 1.º. Âmbito de aplicação dos Princípios. Os presentes Princípios aplicam-se à escolha de lei aplicável aos contratos internacionais em que cada parte atua no exercício da sua atividade comercial ou profissional. *Os presentes Princípios não são aplicáveis a contratos de trabalho ou a contratos celebrados por consumidores* (...) *3. Os presentes Princípios não se aplicam à lei que regula:* a) a capacidade das pessoas singulares; b) as convenções de arbitragem e de eleição do foro; c) as sociedades ou outras entidades e trusts; d) a insolvência; e) os efeitos reais dos contratos; f) a questão de saber se um agente pode vincular, em relação a terceiros, a pessoa por conta da qual pretende agir"; "Artigo 11.º. Normas de aplicação imediata e ordem pública. (...) 3. *O tribunal pode afastar a aplicação de disposição da lei escolhida pelas partes apenas se, e na medida em que, o resultado de tal aplicação for manifestamente incompatível com a ordem pública do foro*" (grifou-se).

[141] *In verbis*: "Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de eqüidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. (...)".

conclusão para além da previsão normativa da Lei da Arbitragem,[142] pode-se concluir que o art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro consagra regras tendencialmente supletivas,[143] sem o condão de impedir a consensual eleição do direito aplicável pelas partes.[144] Repele-se, assim, em boa hora, eventual exegese que vislumbre no referido dispositivo legal uma norma imperativa (e, portanto, inafastável pelos contratantes).[145]

Não se pode deixar de consignar que os aludidos instrumentos internacionais traduzem um louvável esforço de compatibilização da defesa da liberdade contratual (manifestada, por exemplo, nas disposições supramencionadas) com marcos normativos que o desenvolvimento conferido pela doutrina doméstica já lograra consagrar no estudo dos contratos. Assim se verifica, a título puramente ilustrativo, no regramento da interpretação contratual, em que cada um os diplomas mencionados busca articular a deferência à *intenção* (em acepção genuinamente psicológica) das partes com a consideração de elementos como a boa-fé objetiva e os usos e costumes comerciais.[146]

---

[142] Já se verificou, na práxis brasileira, uma tendência de limitação da autonomia para escolha da lei aplicável aos contratos submetidos à arbitragem, conforme relatam ARAUJO, Nadia de; SALDANHA, Fabiola I. Guedes de C. Recent Developments and Current Trends on Brazilian Private International Law Concerning International Contracts, cit., p. 75 e ss. No cenário contemporâneo, já colhe do repositório jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça o reconhecimento, ainda que não plenamente pacífico, da autonomia das partes para a escolha do direito aplicável: "2. Em contratos internacionais, é admitida a eleição de legislação aplicável, inclusive no que tange à regulação do prazo prescricional aplicável. Prescrição afastada, *in casu*, diante da aplicação do prazo previsto na lei contratualmente adotada (lei do Estado de Nova Iorque - Estados Unidos da América)" (STJ, REsp 1.280.218/MG, 3ª T., Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 21/6/2016).

[143] *In verbis*: "Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituirem. § 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato. § 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituida no lugar em que residir o proponente".

[144] No mesmo sentido, a sustentar a releitura do art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro em favor do reconhecimento da possibilidade de escolha do direito aplicável, v. SOUZA JR., Lauro da Gama. Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro: uma leitura constitucional do artigo 9º, da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável. In: BARROSO, Luis Roberto; TIBURCIO, Carmen (Orgs.). *O Direito Internacional contemporâneo*: estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 599 ss.

[145] A alcançar semelhante conclusão, no sentido de que a autonomia privada (em particular, a liberdade contratual) contempla a liberdade de escolha do direito aplicável, v., por todos, TAMAYO, Daniel Rojas. Un nuevo horizonte para la autonomía privada: la libertad de elección de la ley aplicable al contrato. In: VILLAREAL, Martha Lucía Neme (Coord.). *Autonomía privada*: perspectivas del derecho contemporáneo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, *passim*.

[146] Esse esforço de articulação pode ser percebido nos Princípios *UNIDROIT* (art. 4.2.1 c/c art. 4.3.*e-f*), no Projeto de Quadro Comum de Referência (dispositivo II. – 8:101 c/c dispositivo II. – 8:102) e, também, na *CISG*. Por força da maior relevância da *CISG* – dado o seu caráter propriamente normativo –, vale transcrever algumas das suas disposições mais pertinentes. Do art. 8º se depreende tanto o cânone geral de interpretação das declarações e dos atos particulares pautada na intenção das partes ("Artigo 8 (1) Para os fins desta Convenção, as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo a intenção desta, desde que a outra parte tenha tomado conhecimento dessa intenção, ou não pudesse ignorá-la") quanto o estabelecimento de critérios (não propriamente internos à vontade das partes) para "determinar a intenção das partes" ("Artigo 8 (3) Para determinar a intenção de uma parte, ou o sentido que teria dado uma pessoa razoável, devem ser consideradas todas as circunstâncias pertinentes ao caso, especialmente negociações, práticas adotadas pelas partes entre si, usos e costumes e qualquer conduta subsequente das partes"). O art. 7º, por sua vez, elenca a boa-fé entre os parâmetros para a interpretação da própria CISG ("Artigo 7 (1) Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em

Em possível coerência (que não se sabe se deliberada ou não) com a premissa metodológica aqui adotada acerca da impossibilidade de cisão entre a interpretação e a integração do contrato, nota-se que os usos e costumes do mercado assumem relevância não apenas nas disposições destinadas especificamente à interpretação, mas igualmente naquelas dedicadas à integração contratual.[147] Esse destaque às práticas do mercado como parâmetros de interpretação-integração dos contratos parece, em realidade, um ponto de convergência das proposições tendentes à enunciação de uma *lex mercatoria*.[148]

Se é verdade, por um lado, que tais observações permitem identificar uma consagração do voluntarismo com mitigações em comparação com o paradigma oitocentista, parece igualmente verdade, por outro lado, que essas considerações não chegam a representar uma efetiva subordinação da legitimidade do contrato a uma noção heterorreferenciada de equilíbrio – como aquela que se passará a expor no item subsequente. Não parece inoportuno, então, associar, com as ressalvas necessárias, os mencionados diplomas internacionais a uma espécie de (re)fortalecimento da liberdade contratual.

Feita essa brevíssima incursão no cenário internacional, passa-se à análise do plano doméstico brasileiro. Parece legítimo afirmar que a recente retomada de uma agenda político-econômica (neo)liberal tem como destacado símbolo a promulgação da Lei n. 13.874/2019, produto da conversão da Medida Provisória n. 881/2019 em lei ordinária. Como se depreende da sua epígrafe, a Lei n. 13.874/2019 "[i]nstitui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica" e "estabelece garantias de livre mercado", a justificar que o novo diploma tenha vindo a ser conhecido como *Lei da Liberdade Econômica*.

---

conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional"). A propósito dos aludidos critérios de interpretação dos contratos e da própria CISG, v., respectivamente, PERILLO, Joseph M. Interpretation of the contract: Editorial remarks on the manner in whichi the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement CISG Article 8. In: FELEMEGAS, John (Org.). *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, *passim*; e MAGNUS, Ulrich. Comparative editorial remarks on the provisions regarding good faith in CISG Article 7(1) and the UNIDROIT Principles Article 1.7. In: FELEMEGAS, John (Org.). *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, *passim*.

[147] Assim se verifica nos Princípios UNIDROIT (arts. 5.2 e ss. da 1ª edição, correspondentes aos arts. 5.1.2 e ss. da 4ª edição), no Projeto de Quadro Comum de Referência (dispositivo II. – 9:101) e, também, na *CISG*. Merece especial menção, neste ponto, o art. 9º, n. 2, da CISG: "Artigo 9 (2) Salvo acordo em contrário, presume-se que as partes consideraram tacitamente aplicáveis ao contrato, ou à sua formação, todo e qualquer uso ou costume geralmente reconhecido e regularmente observado no comércio internacional, em contratos de mesmo tipo no mesmo ramo de comércio, de que tinham ou devessem ter conhecimento".

[148] Exemplo relevante do cenário exposto tem-se na reflexão acerca da possibilidade de incidência das denominadas cláusulas de *hardship* não apenas com base em previsão contratual expressa, mas igualmente "em decorrência dos princípios aplicáveis, por força de *soft law* ou da *lex mercatoria*" (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. In: TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Volume 3: Contratos. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 142).

A Exposição de Motivos da referida Medida Provisória n. 881/2019, originadora da Lei da Liberdade Econômica, é farta de passagens aptas a demonstrar a sua autoproclamada vocação liberal, como se percebe da definição (declaradamente *não-científica*) de *liberdade econômica*: "Liberdade econômica, em termos não-científicos, é a extensão da conquista humana do Estado de Direito e dos direitos humanos clássicos e todas as suas implicações, em oposição ao absolutismo, aplicada às relações econômicas".[149] Vale destacar, ainda, a explicitação do ideal de redução da intervenção estatal nas relações privadas,[150] a crítica ao que se referiu como "um Estado irracionalmente controlador",[151] a defesa de medidas pautadas no "espírito da verdadeira economia de mercado",[152] a declaração da "liberdade de fixar preços",[153] a afirmação de um caráter excepcional das restrições à liberdade individual[154] e a proclamação de liberdade plena de pactuação nos negócios jurídicos empresariais.[155]

Na esteira da Medida Provisória que lhe serviu de origem, a Lei n. 13.874/2019 também é repleta de passagens que evidenciam a sua inspiração liberal, o que se evidencia desde o art. 1º do diploma, que enuncia o estabelecimento de "normas de proteção à livre

[149] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf. Acesso em 16/1/2020.
[150] *In verbis*: "O objetivo desta Medida Provisória diferencia-se das tentativas do passado por inverter o instrumento de ação, ao empoderar o Particular e expandir sua proteção contra a intervenção estatal (...)".
[151] *In verbis*: "Assim, dez direitos para situações concretas foram elaborados no corpo de uma Declaração de Liberdade Econômica, com o objetivo de alterar em caráter emergencial a realidade do Brasil. São os direitos do brasileiro contra um Estado irracionalmente controlador".
[152] *In verbis*: "Eles [os direitos de liberdade econômica] primeiramente afetam relações microeconômicas específicas, que repercutirão macroeconomicamente, especialmente em favor dos mais vulneráveis, por sua expansividade por todos os setores: nada foi enunciado de maneira a privilegiar um em detrimento do outro, como o espírito da verdadeira economia de mercado demanda".
[153] *In verbis*: "Declara a liberdade de fixar preços no âmbito do mercado não sujeito à regulação. O capitalismo não só gerou renda para todos, ele também transformou bens, antes acessíveis somente a uma elite, em itens do dia-a-dia, inclusive dos mais pobres. Isso se deu, sobretudo, pelo espírito de inovação de técnicas e modelos, que reduziram o preço e ampliaram a oferta de itens antes considerados luxo. Entretanto, infelizmente, algumas vezes os instrumentos de controle de preço pelo Estado são usados não para os fins com que foram criados, mas, sim, para impedir que novos competidores, serviços e produtos se apresentem aos brasileiros, de maneira a manter reservas de mercado e privilégios a modelos já estabelecidos ou até obsoletos. Isso é, sobretudo, uma garantia que fará com que modelos de negócio inovadores não sejam mandados embora do Brasil".
[154] *In verbis*: "Presume-se a boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, devendo os casos de dúvida, na interpretação do direito, serem resolvidos no sentido que mais preserva a autonomia de sua vontade, salvo expressa disposição legal em contrário. É uma premissa do Estado de Direito a de que a liberdade impera e a restrição é a exceção. Não se pode, então, permitir que na dúvida sobre a interpretação de um dispositivo, adote-se uma interpretação mais restritiva".
[155] *In verbis*: "Garante que os negócios jurídicos empresarias serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, aplicando-se as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado. Mais de 60% das 500 maiores empresas do mundo estão registradas especificamente no Estado de Delaware, EUA. Isso se dá em razão de aquela jurisdição constituir um dos melhores ambientes para o desenvolvimento e preservação do direito empresarial. Para o Brasil caminhar nesse sentido, propõe-se de maneira emergencial permitir que qualquer cláusula contratual seja vigente entre os sócios privados e capazes que assim a definiram, inclusive aquelas que, atualmente, parecem ir em sentido contrário a normas de ordem pública, estritamente, do direito empresarial, contanto que não tenham efeitos sobre o Estado ou terceiros alheios à avença".

iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica".[156] Do rol de princípios estatuído pelo art. 2º da lei se depreendem, ainda, entre outros, "a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas" (inc. I) e "a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas" (inc. III).[157] O art. 3º, por sua vez, enuncia, entre os *direitos de liberdade econômica*, a liberdade de fixação de preços em mercados não regulados (inc. III), a salvaguarda de que as "dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico" serão resolvidas em deferência à autonomia privada (inc. V) e a garantia de livre estipulação para os "negócios jurídicos empresariais paritários" (inc. VIII).[158]

A inspiração liberal encontra concretização ainda mais explícita nas alterações promovidas pela Lei n. 13.874/2019 sobre o Código Civil. Destaque-se inicialmente, a inclusão do § 2º ao art. 113 do Código Civil, a estabelecer que "(A)s partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei". O art. 421, por sua vez, foi alterado para que passasse a enunciar que a *liberdade contratual* (em substituição à *liberdade de contratar*)[159] se exerce não "em razão e nos limites", mas tão somente "nos limites" da função social do contrato.[160] Além disso, ao *caput* do art. 421 se acrescentou um parágrafo único, a afirmar que, "[n]as relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual". Mencione-se, por fim, a *presunção* de

[156] *In verbis*: "Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do *caput* do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal".

[157] *In verbis*: "Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei: I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; (...) III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas (...)".

[158] *In verbis*: "Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: (...) III - definir livremente, em mercados não regulados, o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda; (...) V - gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada, exceto se houver expressa disposição legal em contrário; (...) VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública; (...)".

[159] Tal ponto de alteração foi objeto de elogios por parte da doutrina, segundo a qual a nova redação atribuída ao art. 421 do Código Civil teria positivado o entendimento, já sedimentado em sede acadêmica, no sentido de que a função social limitaria não apenas a prerrogativa de decidir por contratar ou não (que estaria associada à expressão "liberdade de contratar"), mas também o próprio conteúdo da avença (que estaria associado à expressão mais abrangente "liberdade contratual"). Nesse sentido, v. TARTUCE, Flávio. A "Lei da Liberdade Econômica" (Lei n. 13.84/2019) e o seus principais impactos para o direito civil: mudanças no âmbito do direito contratual. *Revista Brasileira de Direito Contratual*, São Paulo, n. 1, p. 20-31, out./dez. 2019. Embora sequer se devesse atribuir destacado relevo a eventual dúvida de interpretação a partir da expressão adotada na redação original (uma vez que "de contratar" pode ser entendida, no vernáculo, como uma locação adjetiva correspondente a "contratual"), não se ignora o possível impacto positivo da novel redação.

[160] *In verbis*: "Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)".

paridade e simetria dos contratos civis e empresariais proclamada pelo ora criado art. 421-A, do qual se extrai a previsão segundo a qual "a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada".

Os potenciais impactos da Lei da Liberdade Econômica sobre as perspectivas de atuação da revisão contratual – especificamente no âmbito dos remédios ao inadimplemento, objeto central deste estudo – serão analisados na sequência da investigação. Por ora, quer-se demonstrar que o referido diploma legal representa, em larga medida, a retomada de diversos postulados característicos da teoria contratual clássica.[161]

No que mais diretamente importa ao presente estudo, parece possível afirmar que as precedentes manifestações verificadas tanto no plano doméstico brasileiro quanto no plano internacional vão ao encontro do paradigma contratual clássico no que diz respeito à compreensão do equilíbrio contratual. O equilíbrio corresponderia, segundo essa visão, ao próprio ajuste desejado pelas partes, sem que se pudesse atribuir qualquer relevância a uma correspondência objetiva de valor entre as prestações. Não por acaso, se chegou a afirmar, em crítica direta a qualquer busca de proporcionalidade aritmética, que "a grande verdade é que o equilíbrio do contrato está no desequilíbrio dos interesses".[162]

Seja no contexto clássico, seja no contexto contemporâneo, eis, em síntese essencial, a formulação que se pode referir por noção *autorreferenciada* do equilíbrio contratual. Segundo essa forma de compreensão da matéria, o equilíbrio teria como parâmetro de análise o próprio contrato – e não quaisquer valores externos à vontade das partes –, daí a opção deste estudo por caracterizá-la como uma visão autorreferenciada. Também poder-se-ia reputar

---

[161] A evidenciar o quanto exposto, assim se analisa o art. 421-A do Código Civil (um dos mais emblemáticos dispositivos incluídos ao Código Civil pela Lei da Liberdade Econômica): "O art. 421-A, tomado em sua totalidade, representa fortalecimento dos princípios contratuais ditos clássicos, em particular a autonomia privada" (RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier; PRADO, Augusto Cézar Lukascheck. A liberdade contratual e a função social do contrato, cit., p. 311).

[162] A passagem remonta à sustentação enfática de João Baptista Villela: "Tão distante está o contrato da proporcionalidade aritmética objetiva que, bem pensados os termos, fosse aquela um parâmetro a observar, o impulso dos interessados antes se condenaria à estase do que se materializaria no acordo. Sim, porque, de fato, a consumação se dá quando cada contratante se convence de que sua prestação vale menos do que a da outra parte, e não tanto quanto. Ou seja, para que o contrato se forme é necessário que cada um dos envolvidos esteja convencido de estar ganhando. Não de que as prestações têm o mesmo valor. Por que se esta fosse sua convicção, para que contratar? Para nada ganhar? O que poderia haver de mais inútil ou estéril? Assim – pasme-se quem quiser –, mas a grande verdade é que o equilíbrio do contrato está no desequilíbrio dos interesses" (VILLELA, João Baptista. Equilíbrio do contrato, cit., p. 780).

autônoma[163] ou *subjetiva* essa visão, dado o destaque conferido à vontade dos próprios sujeitos contratantes para a conformação do equilíbrio contratual.[164]

1.2. Percurso rumo à materialização da liberdade e da justiça contratuais: a formulação heterorreferenciada do equilíbrio contratual

A compreensão daquela que se virá a referir por uma formulação heterorreferenciada do equilíbrio contratual depende do adequado entendimento do contexto em que floresceram os contornos de uma teoria contratual contemporânea, contexto esse marcado pela transição do Estado Liberal clássico ao Estado do Bem-Estar Social.[165] Acontecimentos como a intensificação da industrialização, a degradação das condições de trabalho, o incremento das desigualdades socioeconômicas e a difusão das mazelas produzidas pelas duas Guerras Mundiais conduziram à afirmação da insuficiência da economia do livre comércio para a promoção do bem-estar social.[166] Diante desse cenário, o pensamento erguido em objeção ao liberalismo político-econômico oitocentista passou, então, a pugnar pela imprescindibilidade de uma maior intervenção do Estado nas relações privadas para a efetiva promoção da

[163] Advirta-se, por oportuno, que o adjetivo *autônoma* não pretende aludir a uma oposição entre a visão ora em comento e uma visão *instrumental*. A antinomia linguística mais direta dar-se-ia, em realidade, entre *autônoma* e *heterônoma*, como se buscará expor no item 1.2, *infra*.

[164] A formulação parece similar àquela enunciada pela doutrina alemã no que tange à compreensão do *Äquivalenzprinzip*. A esse respeito, Claus-Wilhelm Canaris alude à "(...) diferença fundamental entre um subjetivo e um objetivo princípio do equilíbrio, que não raramente são caracterizados com o par conceitual formal/material. Fala-se normalmente de equilíbrio [ou equivalência] subjetivo ou formal quando o ordenamento jurídico reconhece como contraprestação o que as partes contratantes combinaram como tal; de equilíbrio [ou equivalência] objetiva ou material, diversamente, quando, por sua vez, o conteúdo da contraprestação for determinado independentemente da vontade da parte" (CANARIS, Claus-Wilhelm. Wandlungen des Schuldvertragsrechts, cit., p. 283). Tradução livre do original: "(...) *grundlegenden Unterscheidung zwischen subjektivem und objektivem Äquivalenzprinzip, die nicht selten auch mit dem Begriffspaar formell/materiell gekennzeichnet wird. Von subjektiver oder formeller Äquivalenz spricht man üblicherweise dann, wenn die Rechts-ordnung als Gegenleistung grundsätzlich anerkennt, was die Vertragsparteien als solche vereinbart haben, von objektiver oder materieller Äquivalenz dagegen dann, wenn sie ihrerseits die Gegenleistung unabhängig vom Parteiwillen inhaltlich festlegt*". Ainda a ilustrar a contraposição entre uma noção subjetiva e uma noção objetiva do *Äquivalenzprinzip*, v. LARENZ, Karl. *Richtiges Recht*, cit., p. 65 e ss.; LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, cit., p. 28-29; e BYDLINSKI, Franz. *System und Prinzipen des Privatrechts*, cit., p. 160.

[165] Tal ascensão do Estado do Bem-Estar Social é relatada, com precisão, por PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 7. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, p. 23 e ss. Emblemática a respeito da configuração do Estado do Bem-Estar Social é a experiência alemã no período imediatamente posterior às duas Guerras Mundiais, como relatam LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, cit., p. 36 e ss.

[166] Para um relato sobre o panorama de afirmação da insuficiência da economia do livre comércio para a promoção do bem-estar social e da subsequente defesa de uma maior intervenção do Estado nas relações privadas, v., ainda, OSTI, Giuseppe. Contratto, cit., p. 478 e ss.

dignidade humana – não por acaso, valor que veio a ter a sua centralidade proclamada pela generalidade dos diplomas internacionais e das Constituições do período posterior à Segunda Guerra Mundial.[167]

Tais ordens de ideia repercutiram diretamente na compreensão do direito contratual. O caráter quase absoluto outrora conferido à liberdade contratual se arrefeceu face à necessidade de construção de "(...) um sistema do direito privado caracterizado pela tensão entre liberdade e justiça social".[168] A justiça social, com efeito, passou a ser vista – ao lado de valores como a dignidade da pessoa humana – como uma das pedras angulares que haveriam de conformar a reformulação da teoria contratual.[169] No contexto brasileiro, tais postulados foram ressaltados especialmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que erigiu a dignidade da pessoa humana a fundamento da República (art. 1º, III)[170] e elencou a justiça social entre os fundamentos da ordem econômica (art. 170, *caput*).[171-172] O reconhecimento da força (e da superioridade) normativa desses comandos constitucionais haveria de conduzir, então, a uma reformulação do inteiro direito privado, em geral, e do direito contratual, em particular.[173]

---

[167] Ao propósito, v. MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 12 e ss.

[168] RAISER, Ludwig. La libertà contrattuale oggi, cit., p. 69. Tradução livre do original: "(...) *un sistema del diritto privato caratterizzato dalla tensione tra libertà e giustizia sociale*". Referida tensão, indicada por Ludwig Raiser, é objeto da análise de PERLINGIERI, Pietro. Editoriale: Una 'preoccupazione' attuale. Spigolando tra i saggi di Ludwig Raiser. *Rassegna di Diritto Civile*, a. 13, p. 253-258, 1992, p. 257.

[169] Nesse sentido, sustentar a configuração de um direito contratual atento às exigências do Estado do Bem-Estar Social, v. LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, cit., p. 39-41.

[170] *In verbis*: "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".

[171] *In verbis*: "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: (...)".

[172] Ao propósito da correlação entre a dignidade humana e a justiça social, leciona Eros Grau: "A ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os *ditames da justiça social*. (...) O princípio da justiça social conforma a concepção de existência digna cuja realização é o fim da ordem econômica e compõe um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III). (...) *Justiça social*, inicialmente, quer significar superação das injustiças na repartição, em nível pessoal, do produto econômico. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista" (GRAU, Eros Roberto. Comentário ao artigo 170, *caput*, cit., p. 1.794. Grifos do original). Do mesmo autor, v., ainda, sem alteração substancial de conteúdo, GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, cit., p. 224.

[173] "Assim, pela via da constitucionalização, passam a fazer parte do horizonte contratual noções e ideias como justiça social, solidariedade, erradicação da pobreza, proteção ao consumidor, a indicar, enfim, que o direito dos contratos não está à parte do projeto social articulado pela ordem jurídica em vigor no país" (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*, cit., p. 107-108). Assim sustenta Manfred Wolf em lição, que, embora desenvolvida à luz da experiência alemã, parece de todo pertinente para a compreensão do percurso trilhado também pelo direito brasileiro: "O princípio do Estado do Bem-Estar Social exterioriza a exigência da justiça social na ordem social. Ao ordenamento jurídico é atribuída, por meio do art. 20 I e do art. 28 I da Lei Fundamental

Afirma-se que uma tal compreensão da matéria findaria por propiciar uma mais adequada redistribuição de riquezas pela via do direito contratual, com expressivas vantagens em relação a ramos como o direito tributário.[174] O direito contratual serviria, assim, ao propósito de redistribuição de riquezas, propósito esse associado ao objetivo constitucional de erradicação das desigualdades sociais e regionais.[175] Sustenta-se, enfim, que do referido mandamento constitucional decorreria a necessidade de uma atuação interventiva do Estado na específica seara dos contratos, a fim de que também esse ramo do direito se prestasse ao cumprimento do projeto geral de transformação (e não apenas conservação) da realidade social.[176]

Em termos mais específicos, pode-se afirmar que essa nova visão de mundo conduziu, no que tange ao objeto do presente estudo, à expansão do *dirigismo contratual*.[177] Trata-se de fenômeno verificado tanto no plano da política legislativa quanto no plano da interpretação-aplicação do direito.[178] No âmbito legislativo, o dirigismo contratual se associa, por exemplo,

---

[*Grundgesetz*], a tarefa de corresponder a essa exigência. Portanto, também o direito contratual deve satisfazer às exigências do princípio do Estado do Bem-Estar Social" (WOLF, Manfred. *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich*, cit., p. 97). Tradução livre do original: "*Das Sozialstaatsprinzip bringt die Forderung nach Verwirklichung der sozialen Gerechtigkeit in der Gesellschaftsordnung zum Ausdruck. Der Rechtsordnung ist durch Art. 20 I und Art. 28 I GG die Aufgabe gestellt, dieser Forderung zu entsprechen. Deshalb muß auch die Vertragsordnung den Anforderungen des Sozialstaatsprinzips genügen*".

[174] "Importantes objeções podem ser levantadas contra esse entendimento: além de uma evidente fratura na unidade do sistema jurídico, que isentaria o Direito dos Contratos da função sistêmica de concretização dos princípios constitucionais nas relações privadas, já se observou, em perspectiva filosófica, que o Direito dos Contratos teria, ao menos, uma vantagem em relação ao Direito Tributário em um eventual papel de redução das desigualdades: '(...) se uma restrição redistributiva à liberdade contratual atinge seu propósito pretendido, ela causa uma transferência direta de riqueza de um grupo para outro sem qualquer mediação pelo Estado. Em igualdade de circunstâncias, isto significa uma redução dos custos administrativos'" (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 18-19).

[175] Trata-se, em realidade, tanto de objetivo da República ("Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais) quanto de princípio da ordem econômica ("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: (...) VII - redução das desigualdades regionais e sociais").

[176] "No que respeita aos contratos, o Estado social caracteriza-se justamente pela função oposta à cometida ao Estado liberal mínimo. O Estado não é mais apenas o garantidor da liberdade e da autonomia contratual dos indivíduos; vai além, intervindo profundamente nas relações contratuais, ultrapassando os limites da justiça comutativa para promover não apenas a justiça distributiva, mas também a justiça social. Diferentemente da justiça comutativa (...) e da justiça distributiva (...), a justiça social implica transformação, promoção, mudança, segundo o preciso enunciado constitucional: 'reduzir as desigualdades sociais' (arts. 3º, III, e 170, VII, da Constituição brasileira). Com efeito, enquanto as justiças comutativa e distributiva qualificam as coisas como estão, a justiça social tem por fito transformá-las, de modo a reduzir as desigualdades" (LÔBO, Paulo. Contratante vulnerável e autonomia privada. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Coord.). *Direito & Justiça Social*: por uma sociedade mais justa, livre e solidária – estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza. São Paulo: Atlas, 2013, p. 159).

[177] V., por todos, TEPEDINO, Gustavo. Ativismo judicial e construção do direito civil: entre dogmática e práxis. *Novos Estudos Jurídicos*, vol. 24, n. 1, jan.-abr./2019, p. 28 e ss.

[178] A menção à "interpretação-aplicação" do direito se deve à adoção da premissa metodológica relativa ao reconhecimento da "unicidade dos processos de interpretação e aplicação do Direito. Pode-se dizer que os dois

à propagação de diplomas legais preocupados em dispensar maior proteção aos contratantes tidos por mais fracos em determinados setores ou relações.[179] Assim sucedeu na experiência brasileira, ilustrativamente, com a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n. 5.452/1943), o Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei n. 8.078/1990) e os diplomas normativos referentes à locação predial urbana – de que constitui exemplo maior a vigente Lei do Inquilinato (Lei n. 8.245/1991).[180]

Tais estatutos convergem, em linhas gerais, quanto ao afastamento dos postulados liberais que tradicionalmente inspiraram os Códigos Civis (pautados, portanto, nos princípios contratuais clássicos, analisados no item 1.1, *supra*) e quanto à enunciação de um regramento protetivo da parte presumidamente vulnerável – o trabalhador face ao empregador, o consumidor face ao fornecedor e o locatário face ao locador, respectivamente.[181] Tamanha foi a importância atribuída a esse fenômeno – constatado no Brasil e alhures – de edição de leis especiais destinadas à proteção de certos contratantes que se chegou a identificar, na célebre formulação de Natalino Irti, a configuração de uma *era (ou idade) da descodificação*.[182]

---

constituem o unitário processo de criação da norma jurídica do caso concreto" (FURTADO, Gabriel Rocha. Por um novo método hermenêutico?. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCO, Maria Cristina De; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (Coord.). *Direito civil na legalidade constitucional*: algumas aplicações. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 169).

[179] "É necessário, sobretudo, que o juiz e o legislador intervenham nesta luta demasiadamente desigual; que a regra do jogo seja modificada em favor do fraco, da eterna vítima (...). Em uma palavra, é necessário que sejam reprimidos os abusos contratuais e seja assegurado com todos os meios possíveis o equilíbrio contratual, não apenas em teoria e sobre o papel, mas praticamente e na vida" (JOSSERAND, Louis. Considerazioni sul contratto "regolato". *Archivio Giuridico "Filippo Serafini"*. *Quarta Serie*, vol. XXVIII, 1934, p. 16). Tradução livre do original: "*È necessario, sopratutto, che il giudice ed il legislatore intervengano in questa lotta troppo ineguale; che la regola di gioco sia modificata a vantaggio del debole, dell'eterna vittima* (...)*. In una parola, è necessario che siano repressi gli abusi contrattuali e sia assicurato con ogni possibile mezzo l'equilibrio contrattuale, non solo in teoria e sulla carta ma praticamente e nella vita*".

[180] Ao propósito, com particular enfoque na análise das convergências entre o dirigismo contratual no direito civil e a racionalidade do direito do trabalho, v. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Relações privadas, dirigismo contratual e relações trabalhistas: uma proposta de reflexão sobre o papel da(s) liberdade(s) nas interseções entre contrato e direito do trabalho. In: TEPEDINO, Gustavo; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana; DELGADO, Gabriela Neves (Coords.). Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, *passim* e, em especial, item 3.

[181] Para um relato dessa mudança de paradigma (da teoria contratual clássica ao dirigismo contratual), v., por todos, BESSONE, Darcy. *Do contrato*: teoria geral, cit., p. 41 e ss. Em sentido similar, a destacar a mudança de compreensão da justiça contratual (para além da perspectiva meramente procedimental), v. LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, cit., p. 28.

[182] A origem da expressão costuma ser atribuída a IRTI, Natalino. L'età della decodificazione. *Diritto e Società*, n. 4, p. 613-639, 1978, *passim*. O estudo veio a ser republicado em coletânea de estudos do autor que recebeu o mesmo título que o seminal artigo: IRTI, Natalino. L'età della decodificazione. In: *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1979. A expressão "*decodificazione*" encontra-se disseminada na doutrina italiana, conquanto não necessariamente em aderência à formulação de Natalino Irti. V., ilustrativamente, RESCIGNO, Pietro. La 'forma' codice: storia e geografia di una idea. In: *Studi in onore di Piero Schelsinger*. Tomo I. Milano: Giuffrè, 2004, p. 218.

Apesar de seu cunho mais propriamente descritivo do que propositivo,[183] a constatação do fenômeno da descodificação não raramente é associada, sem toda a cautela necessária, a uma suposta defesa do esgotamento da relevância dos Códigos Civis.[184] Ainda mais surpreendente, contudo, é a indevida associação da formulação teórica da descodificação à metodologia civil-constitucional,[185] metodologia essa que tem como um dos seus principais pilares justamente a rejeição de um dos postulados fundamentais da formulação de Natalino Irti – qual seja, a possibilidade de conformação de "microssistemas" autônomos no interior do ordenamento jurídico.[186]

---

[183] O escopo predominantemente descritivo veio a ser explicitado pelo próprio Natalino Irti duas décadas após a publicação pioneira de 1978, no âmbito do estudo acrescentado à quarta edição da sua célebre coletânea: "*L'età della decodificazione ha compiuto vent'anni nel 1998. Le pagine del primo capitolo furono dette, il 20 giugno del 1978, in un'aula dell'Università di Salamanca. Corrispondendo all'invito di un collega spagnolo, l'autore scelse, per tema d'incontro, il rapporto fra codice civile e leggi speciali. Egli di certo non scopriva il fenomeno; si limitava a descriverlo, a coglierne le caratteristiche storiche, a piegarlo in schemi di tecnica giuridica.* (...) *Il compito preliminare di quel saggio fu – come ben vide Uberto Scarpelli – di carattere fenomenologico. Si trattava, appunto, di osservare il movimento delle leggi speciali, e di stringerlo intorno a una logica complessiva*" (IRTI, Natalino. "L'età della decodificazione" vent'anni dopo. In: *L'età della decodificazione*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 3). Em tradução livre: "A era da descodificação completou vinte anos em 1998. As páginas do primeiro capítulo foram ditas em 20 de junho de 1978, em uma sala de aula da Universidade de Salamanca. Atendendo ao convite de um colega espanhol, o autor escolheu, como tema do encontro, a relação entre código civil e leis especiais. Ele, por certo, não descobriu o fenômeno; limitou-se a descrevê-lo, a colher as suas características históricas, a dobrá-lo em esquemas de técnica jurídica. (...) A tarefa preliminar daquele ensaio era – como bem notou Uberto Scarpelli – de caráter fenomenológico. Tratava-se, de fato, de observar o movimento das leis especiais e de reuni-lo em torno de uma lógica global". Para uma análise dessa atualização da obra, v. LEONARDO, Rodrigo Xavier. Codificação do Direito Civil no século XXI: de volta para o futuro? (parte 1). *Consultor Jurídico*, 4/4/2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-abr-04/codificacao-direito-civil-seculo-xxi-volta-futuro-parte. Acesso em 31/1/2020.

[184] A ilustrar essa indevida associação, veja-se: "Os novos códigos de Direito Civil, nalguma medida, desafiam uma profecia, dita e repetida, ao final do século XX: a profecia de um epílogo da *era das codificações*. Muitos dos autores (incluindo Ricardo Luiz Lorenzetti), influenciados pelo seminal ensaio de Natalino Irti (*L'età della decodificazione*, em primeira edição no ano de 1979), passaram a sustentar, em apertadíssima síntese, o esgotamento das codificações diante da pulverização legislativa do Direito Privado em microssistemas, reorganizados ao redor das constituições" (LEONARDO, Rodrigo Xavier. Codificação do Direito Civil no século XXI, cit..).

[185] A ilustrar essa indevida associação, v. TIMM, Luciano Benetti. "Descodificação", constitucionalização e privatização no direito privado: o Código Civil ainda é útil? *RIDB*, a. 1, n. 10, p. 6.417-6.453, 2012.

[186] Veja-se a construção de Natalino Irti acerca da noção de microssistemas *autônomos* integrantes de um sistema jurídico supostamente *policêntrico*: "Essa [a lógica do próprio tempo] não permite mais que se coloque o Código Civil no centro do sistema, mas impõe que se assumam, como portadores de princípios autônomos, os diversos núcleos de leis especiais. O fenômeno da lei excepcional, que sinaliza uma derrogação temporária dos princípios codificados, não desapareceu da nossa experiência; e adverte-nos a não perceber, na efêmera digressão do sistema, a semente de um novo direito. Mas muitas vezes – já se advertiu – a lei, nascida como excepcional e provisória, se protrai no tempo e conquista uma insuspeita estabilidade. Em torno dela se colocam outras leis, que completam a sua disciplina e que introduzem, por sua vez, derrogações e exceções: delineia-se, assim, um microssistema, um pequeno mundo de normas, do qual o intérprete pode, então, extrair princípios gerais e no qual pode descobrir uma lógica autônoma" (IRTI, Natalino. L'età della decodificazione. *Diritto e Società*, cit., p. 635-636). Tradução livre do original: "*Questa [la logica del proprio tempo] non consente più di collocare al centro del sistema il codice civile, ma impone di assumere, come portatori di autonomi principî, i diversi nuclei di leggi speciali. Il fenomeno della legge eccezionale, che segna una temporanea deroga ai principî codificati, non è scomparso dalla nostra esperienza; e ci ammonisce a non scorgere, nell'effimera disgressione dal sistema, il germe di un nuovo diritto. Ma spesso – si è già avvertito – la legge, nata come eccezionale e provvisoria, si protrae nel tempo e conquista un'insospettata stabilità. Attorno ad essa si dispongono altre leggi, che ne completano la disciplina e che introducono, a loro volta, deroghe ed eccezioni: si delinea così un*

De qualquer modo, para além do renovado cenário legislativo, o dirigismo contratual se manifesta, ainda – e aqui reside a maior relevância do fenômeno para o presente estudo – na formulação doutrinária do que se denominou de "renovação da teoria contratual".[187] Em oposição ao paradigma antecedente, delinearam-se justificadas críticas a diversas das premissas fundamentais do modelo liberal clássico em matéria contratual.[188] Pontuaram-se, assim, por exemplo, a necessidade de superação do dogma da e a insuficiência da acepção puramente formal da isonomia e, em especial, da liberdade e da justiça contratuais.[189] Diante do reconhecimento geral da historicidade e da relatividade dos conceitos e dos institutos jurídicos, não é de se estranhar o esforço de compreensão das novas acepções assumidas pelos referidos princípios no contexto de transição do Estado Liberal clássico ao Estado do Bem-Estar Social.[190]

---

microsistema, un piccolo mondo di norme, da cui l'interprete può ormai ricavare princípi generali ed in cui ormai scoprire una logica autonoma". A inadequação do raciocínio reside, em realidade, não na afirmação da perda da centralidade pelo Código Civil, mas sim na afirmação de que o ordenamento jurídico se pautaria por um *policentrismo*, quando, ao revés, a superioridade hierárquico-normativa da Constituição impõe o reconhecimento do tecido constitucional como o único verdadeiro *centro* do sistema. Para uma crítica à formulação dos *microssistemas*, v., por todos, Ao propósito, v., por todos, TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, *passim* e, em especial, p. 11 e ss.

[187] "Esta nova realidade contratual não era mais compreensível desde a perspectiva da teoria contratual clássica, razão pela qual, em face da exigência prática do entendimento e regulação destes novos fenômenos contratuais, passa a desenvolver-se o que se convencionou denominar como a renovação da teoria contratual" (MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *A nova crise do contrato*: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 178).

[188] Para um relato dessa mudança de paradigma (da teoria contratual clássica ao dirigismo contratual) durante o século XX, v., por todos, RAISER, Ludwig. La libertà contrattuale oggi, cit., p. 55 e ss.

[189] Para o desenvolvimento da crítica à acepção meramente formal da isonomia no bojo da teoria contratual clássica, remete-se a GOUNOT, Emmanuel. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, cit., p. 78 e ss.; e KRAMER, Ernst A. *Die „Krise" des liberalen Vertragsdenkens*, cit., p. 21-22.

[190] Para o desenvolvimento da premissa metodológica atinente à historicidade e à relatividade dos conceitos e dos institutos jurídicos, v., por todos, KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos iniciais sobre a contingencialidade dos institutos de direito civil, cit., *passim*; e CALASSO, Francesco. *Il negozio giuridico*: lezioni di storia del diritto italiano. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1959, p. 9-10 e p. 343-346. No que tange especificamente à historicidade da noção de liberdade contratual, veja-se a lição de Ludwig Raiser: "Reflete-se pouco sobre o significado atual da liberdade contratual e tende-se a considerar a sua função como imutável, fixada uma vez para sempre. Na realidade, ela, como qualquer outra instituição jurídica, tem a sua colocação histórica que se funda sobre determinados pressupostos ideológicos e político-sociais. Não pode, portanto, ser arbitrariamente transposta de um sistema de relações a outro, nem manter-se inalterada com a modificação dos seus pressupostos" (RAISER, Ludwig. La libertà contrattuale oggi, cit., p. 51). Tradução livre do original: "*Si riflette poco sul significato attuale della libertà contrattuale e si tende a considerare la sua funzione come immutabile, fissata una volta per sempre. In realtà essa, come ogni altra istituzione giuridica, ha una sua collocazione storica che si fonda su determinati presupposti ideologici e politico-sociali. Non può perciò essere arbitrariamente trasposta da un sistema di rapporti ad un altro, né mantenersi immutata con il modificarsi dei suoi presupposti*". No mesmo sentido, v., do mesmo autor, RAISER, Ludwig. Funzione del contratto e libertà contrattuale, cit., p. 97.

A inteira noção de autonomia privada passou, nesse contexto, por uma ressignificação,[191] ao que se relaciona a própria revisitação dos princípios contratuais clássicos à luz dos denominados *novos princípios contratuais* (boa-fé objetiva, função social e equilíbrio),[192] a remodelar (sem suplantar) o pretérito modo de compreensão da principiologia contratual.[193] A autonomia privada enfrenta, ademais, uma expressiva transformação qualitativa em razão da sua funcionalização à tabua axiológica constitucional.[194] Passou a se reconhecer que a disciplina contratual não poderia se eximir do imperativo de promoção dos valores mais caros ao ordenamento jurídico – entre os quais se situam, como já mencionado, a solidariedade social e a isonomia substancial.[195] À vertente substancial (ou material) da

[191] "Hoje, diante do toque de recolher do Estado intervencionista, o jurista com sensibilidade intelectual percebe que está havendo uma acomodação das camadas fundamentais do direito contratual – algo semelhante ao ajustamento subterrâneo das placas tectônicas. Estamos em época de hipercomplexidade, os dados se acrescentam, sem se eliminarem, de tal forma que, aos três princípios que gravitam em volta da autonomia da vontade e, se admitido como princípio, ao da ordem pública, somam-se outros três – os anteriores não devem ser considerados abolidos pelos novos tempos, mas, certamente, deve-se dizer que viram seu número aumentado pelos três novos princípios. Quais são esses novos princípios? A boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado, cit., parágrafo 9).

[192] A disseminação da alusão aos *novos princípios contratuais* se deve, em larga medida, à obra de AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado, cit., *passim*.

[193] Nada obstante a *novidade* associada aos aludidos princípios contratuais, o cenário contemporâneo não se pauta por uma lógica superação dos *antigos* pelos *novos*, mas sim pela coexistência funcionalizada à axiologia constitucional: "Nos tempos atuais, contudo, isto que antes se apresentava como essencial torna-se conjuntural, e o contrato fundado na autonomia da vontade e em seus princípios correlatos é considerado 'um modelo de contrato': o modelo clássico. Opõe-se-lhe o modelo contemporâneo, cujo conceito não se restringe aos aspectos ligados à formação e à manifestação da vontade individual, passando a exigir o recurso aos chamados 'novos princípios' – boa-fé objetiva, equilíbrio econômico e modelo contemporâneo. Modelo clássico e modelo contemporâneo, cada qual com seus princípios próprios, são 'tipos ideais' opostos, embora, em consonância com a ressalva de Antonio Junqueira de Azevedo, a hipercomplexidade do direito contratual contemporâneo resulte, precisamente, na necessidade de que ambos os modelos convivam simultaneamente" (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*, cit., p. 111). Em sentido similar, v. EHRHARDT JR., Marcos. *Revisão contratual*: a busca pelo equilíbrio negocial diante da mudança de circunstâncias. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 60-61.

[194] "O cenário só viria a mudar drasticamente, no Brasil, com a promulgação da Constituição de 1988 que, a um só tempo, representou a fragmentação do modelo contratual clássico, bem como determinou as bases para sua reconstrução em conformidade com a axiologia constitucional, notadamente a partir da incidência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, os quais, em conjunto, promoveram transformação qualitativa no conteúdo da autonomia privada e impuseram a funcionalização do contrato aos valores constitucionais" (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme. Fontes e evolução do princípio do equilíbrio contratual, cit., p. 394).

[195] "O contrato, em resumo, está por toda parte, o que deveria reforçar a importância de sua instrumentalização à concretização dos valores fundamentais do ordenamento jurídico. Sendo inegável que a Constituição brasileira consagra os valores da solidariedade social e da igualdade substancial (arts. 3º, I e III, e 5º, *caput*), não deveria, então, o contrato exercer, de algum modo, o papel de realizador dessa tábua axiológica solidarista e igualitária?" (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 16). Tal linha de sentido é seguida, entre outros, por ZAGNI, João Pedro Fontes. O princípio do equilíbrio contratual e a cláusula reajuste por faixa etária em contratos de plano de saúde na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Princípios contratuais aplicados*: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 328. A ilustrar, ainda, a relevância atribuída aos contratos para o propósito de redução das desigualdades sociais e regionais, v. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*, cit., p. 107; e KONDER, Carlos Nelson; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. O equilíbrio contratual nas locações em *shopping center*, cit., p. 182.

isonomia passa a ser atribuído papel central para a configuração de um direito contratual materialmente (e não apenas formalmente) compatível os valores constitucionais.[196]

A legitimidade (ou, em outras palavras, o merecimento de tutela em sentido lato) do exercício da autonomia privada passa a estar subordinada, enfim, à sua compatibilidade com os valores tutelados pela Constituição.[197] Rechaça-se, com isso, eventual formulação teórica que pretenda atribuir um caráter absoluto à autonomia privada, visto que o seu exercício não pode escapar da incidência imperativa dos ditames constitucionais.[198] O propósito de ressaltar essa ausência de valor absoluto parece subjazer a duas relevantes premissas metodológicas que ostentam similar ordem de preocupação.

De uma parte, afirma-se que "a autonomia não é um valor em si"[199] ou, ainda, que "a autonomia não é um fim em si mesma",[200] formulações cujo propósito maior talvez consista justamente na afirmação da imprescindibilidade da ponderação da autonomia privada, em seu

---

[196] "Em termos de conteúdo, a justiça social abrangida pelo princípio do Estado do Bem-Estar Social exige que sejam criadas tais condições positivas que possibilitem ao indivíduo uma existência digna na comunidade. O princípio do Estado do Bem-Estar Social está orientado, assim, à concretização de uma igualdade materialmente compreendida" (WOLF, Manfred. *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich*, cit., p. 97-98). Tradução livre do original: "*Inhaltlich erfordert die vom Sozialstaatsprinzip umfaßte soziale Gerechtigkeit, diejenigen positiven Voraussetzungen zu schaffen, die dem einzelnen in der Gemeinschaft ein menschenwürdiges Dasein ermöglichen. Das Sozialstaatsprinzip ist damit auf die Verwirklichung einer material verstandenen Gleichheit gerichtet*".

[197] "Na esteira de tal evolução, a concepção de autonomia, especificamente por força do princípio da dignidade da pessoa humana, como afirma Gustavo Tepedino (2007, p. 309-320), sofreu tríplice transformação em seus aspectos objetivo, subjetivo e formal, sendo certo que ditas alterações refletem a concepção atual de que a autonomia não é um valor em si, o que implica o juízo de merecimento do ato derivado do exercício da liberdade (...). Ao mesmo tempo, impõe a funcionalização dos contratos aos valores constitucionais" (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme. Fontes e evolução do princípio do equilíbrio contratual, cit., p. 394). Os autores prosseguem: "Em apertada síntese, o potencial transformador da Constituição de 1988 encontrou no plano do direito das obrigações e dos contratos terreno fértil para a promoção dos valores humanistas que protagonizam o ordenamento. Por meio da fixação de seus princípios gerais, orientadores de todo o sistema jurídico, a Constituição, a um só tempo, albergou os alicerces da teoria contratual clássica (igualdade e liberdade), mas impôs sua reconstrução. Assim, inverteu a ordem de prevalência dos interesses em jogo (do sujeito de direito à pessoa, do individual ao social), renovando em definitivo a lógica pretensamente abstrata e imutável das bases da teoria obrigacional clássica" (Ibid., p. 394-395).

[198] "O princípio da autonomia privada, longe de ser absoluto, insere-se no tecido axiológico do ordenamento, no âmbito do qual se pode extrair seu verdadeiro significado. Encontra-se informado pelo valor social da livre iniciativa, que se constitui em fundamento da República (art. 1º, IV, C.R.), corroborado por numerosas garantias fundamentais às liberdades, que têm sede constitucional em diversos preceitos, com conteúdo negativo (princípio da legalidade, *ex vi* do arts. 5º, II, 170, parágrafo único, C.R.) e positivo (arts. 1º, III, 3º, I e III, C.R.)" (TEPEDINO, Gustavo. O papel da vontade na interpretação dos contratos. *Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença*, vol. 16, n. 1, p. 173-189, jan.-jun./2018, p. 188).

[199] Assim afirma, entre outros, PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 342. V., ainda, KONDER, Carlos Nelson. Erro, dolo e coação: autonomia e confiança na celebração dos negócios jurídicos. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leita (Coord.). *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 611.

[200] Assim afirmam, entre outros, MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme. Fontes e evolução do princípio do equilíbrio contratual, cit., p. 394.

concreto exercício, com os demais valores tutelados pelo ordenamento.[201] De outra parte, no que tange especificamente à liberdade contratual, proclama-se a sua subordinação a limites internos, com o que se busca ressaltar que os ditos *limites* à liberdade contratual não são excepcionais e nem estranhos à sua configuração.[202] Em realidade, a legitimidade do concreto exercício da liberdade contratual somente pode ser investigada a partir do seu cotejo com a inteira tábua axiológica constitucional.

As transformações operadas na matéria encontram boa síntese na célebre formulação de Claus-Wilhelm Canaris acerca da *materialização* ("*Materialisierung*", no original) do direito contratual.[203] O termo *materialização* busca, de modo geral, sintetizar a defesa de um paradigma contratual que supere a análise puramente formal em prol de uma análise pautada em uma visão concreta acerca da liberdade contratual, da justiça contratual e dos princípios político-ideológicos fundamentais subjacentes ao direito contratual.[204] Maior atenção merece, nesse contexto, o esforço de materialização da liberdade contratual e da justiça contratual, a repercutir diretamente na compreensão do equilíbrio contratual, como se poderá ver na sequência.

No que tange à liberdade contratual, a materialização reclama do intérprete a consideração dos mais variados obstáculos que possam vir a comprometer a livre formação e manifestação da vontade dos contratantes. A configuração de uma efetiva liberdade contratual depende, assim, da ausência de obstáculos não apenas jurídicos, mas, sobretudo, fáticos ao

---

[201] V., por todos, PERLINGIERI, Pietro. "Controllo" e "conformazione" degli atti di autonomia negoziale. *Rassegna di Diritto Civile*, n. 1, 2017, *passim* e, em especial, item 4; e SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., p. 296, nota de rodapé 866.

[202] Ao propósito, v., por todos, TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: *Temas de direito civil*. Tomo III, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 150 e ss.

[203] CANARIS, Claus-Wilhelm. Wandlungen des Schuldvertragsrechts, cit., *passim*. A ilustrar a utilização do termo "*Materialisierung*" em matéria contratual pela doutrina alemã contemporânea, v., por todos, LÜTTRINGHAUS, Jan D. *Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Europäischen Binnenmarkt*, cit., *passim* e, em especial, p. 323 e ss.; e WAGNER, Gerhard. Materialisierung des Schuldrechts unter dem Einfluss von Verfassungsrecht und Europarecht – Was bleibt von der Privatautonomie?. In: BLAUROCK, Uwe; HAGER, Günter (Orgs.). *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*. Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 18 e ss.

[204] Canaris assim resume os três principais sentidos possíveis da *materialização* no âmbito do direito contratual: "Em primeiro lugar, contudo, é necessário um certo esclarecimento do conceito. Frequentemente, sobretudo na doutrina, quando se fala de uma 'materialização', raramente se esclarece o que exatamente se entende por isso. No que diz respeito ao direito contratual, parece-me ser proveitoso o uso dessa palavra sobretudo em três aspectos: pode-se fazer referência à liberdade contratual, à justiça contratual e aos princípios fundamentais político-ideológicos subjacentes ao direito contratual. Para cada uma dessas três perspectivas, que até agora não foram suficientemente diferenciadas na doutrina, 'materialização' significa algo diferente" (CANARIS, Claus-Wilhelm. Wandlungen des Schuldvertragsrechts cit., p. 276-277). Tradução livre do original: "*Zunächst bedarf es freilich einer gewissen Begriffsklärung. So häufig nämlich im Schrifttum von einer ‚Materialisierung' die Rede ist, so selten wird dabei klar gesagt, was damit genauer gemeint ist. Mit Bezug auf das Schuldvertragsrecht scheint mir die Verwendung dieses Wortes vor allem unter drei Aspekten fruchtbar zu sein: man kann es auf die Vertragsfreiheit, auf die Vertragsgerechtigkeit und auf die dem Vertragsrecht zugrunde liegende weltanschaulich-politische Grundhaltung beziehen. Bei jeder dieser drei Sichtweisen, die im Schrifttum bisher nicht hinreichend unterschieden werden, bedeutet ‚Materialisierung' etwas anderes*".

exercício da liberdade que o ordenamento confere aos particulares.[205] Justamente para se ressaltar a insuficiência da análise apenas dos obstáculos jurídicos, recorre-se ao par conceitual *formal-material* para se fazer menção às distintas (embora complementares) dimensões da liberdade contratual.[206]

O intérprete não pode se contentar, portanto, com a investigação da ausência de obstáculos de cunho legal ao exercício da liberdade (*liberdade contratual formal*). A mera higidez do processo de formação do contrato – ao menos, em seu sentido clássico de ausência de vícios do consentimento – não basta para a afirmação da legitimidade do concreto exercício da liberdade contratual. O exame deve se completar, em realidade, com a inquirição sobre a inexistência de obstáculos de cunho factual ao exercício da liberdade (*liberdade contratual material*).[207] Há de se rejeitar, assim, uma compreensão puramente formal que finde por atribuir à liberdade contratual o sentido de uma "liberdade de morrer de fome ou, no

---

[205] V., por todos, ENDERLEIN, Wolfgang. *Rechtspaternalismus und Vertragsrecht*. München: C. H. Beck, 1996, p. 78-79.

[206] Assim leciona Claus-Wilhelm Canaris: "A autonomia privada e a liberdade de contrato, contudo, não são garantidas por si mesmas, mas servem principalmente à autodeterminação da pessoa. No campo do direito contratual, isso ocorre, é claro, em primeiro lugar com os meios do direito – nomeadamente com a celebração de contratos –, porém só é implementado de maneira ideal se a formação da vontade das partes estiver não apenas fundamentalmente livre de obstáculos jurídicos, mas também em sentido factual não se sujeitar a qualquer restrição. A resultante diferença entre a liberdade jurídica para a celebração e para a configuração do conteúdo dos contratos, por um lado, e a liberdade de fato para a formação das decisões subjacentes, por outro lado, é não raramente abordada na doutrina com a ajuda do par conceitual formal/material" (CANARIS, Claus-Wilhelm. Wandlungen des Schuldvertragsrechts, cit., p. 277). O autor arremata: "Consequentemente, pode-se compreender a liberdade contratual e, se se preferir, também a autonomia privada tanto em um sentido formal, isto é, jurídico, quanto em um sentido material, isto é, factual" (Ibid., p. 277-278). Tradução livre do original: "*Privatautonomie und Vertragsfreiheit werden indessen nicht um ihrer selbst willen gewährleistet, sondern dienen vor allem der Selbstbestimmung der Person. Diese erfolgt auf dem Felde des Vertragsrechts zwar selbstverständlich in erster Linie mit den Mitteln des Rechts - nämlich durch den Abschluß von Verträgen-, wird jedoch nur dann optimal verwirklicht, wenn die Willensbildung der Parteien dabei nicht nur grundsätzlich frei von rechtlichen Hindernissen ist, sondern auch in tatsächlicher Hinsicht keinen Beeinträchtigungen unterliegt. Der sich daraus ergebende Unterschied zwischen der rechtlichen Freiheit zum Abschluß und zur inhaltlichen Gestaltung von Verträgen einerseits und der tatsächlichen Freiheit zur Bildung der zugrunde liegenden Entscheidungen andererseits wird im Schrifttum nicht selten mit Hilfe des Begriffspaars formal/material thematisiert*"; "*Demgemäß kann man die Vertragsfreiheit und, wenn man so will, auch die Privatautonomie sowohl in einem formalen, d.h. rechtlichen, als auch in einem materialen, d.h. tatsächlichen Sinne verstehen*". Um desenvolvimento da análise da liberdade contratual a partir do par conceitual formal/material já podia ser encontrado em ENDERLEIN, Wolfgang. *Rechtspaternalismus und Vertragsrecht*, cit., p. 78 e ss.; e em KRAMER, Ernst A. *Die „Krise" des liberalen Vertragsdenkens*, cit., p. 20.

[207] V., por todos, BYDLINSKI, Franz. *System und Prinzipen des Privatrechts*, cit., p. 158-159. A partir de semelhante ordem de preocupação, Pietro Rescigno alude à "(...) distinção necessária entre a autonomia explicitada no topo do poder econômico, especialmente pelos grupos organizados, e a autonomia exercida por indivíduos na esfera limitada dos interesses do homem comum com perspectivas, possibilidades e ambições limitadas" (RESCIGNO, Pietro. Contratto, cit., p. 7). Tradução livre do original: "(...) *necessaria distinzione tra l'autonomia esplicata ai vertici del potere economico, specialmente dai gruppi organizzati, e l'autonomia esercitata dai singoli nella circoscritta sfera degli interessi dell'uomo comune con limitate prospettive, possibilità ed ambizioni*".

máximo, de ser explorado indignamente e injustamente lesado; seria, como já se escreveu, a liberdade na selva".[208]

Disso não se deve depreender, contudo, que qualquer espécie de obstáculo fático ao exercício da liberdade contratual deveria tolher a legitimidade do contrato celebrado pelas partes. A restrição fática há de ser tal que comprometa substancialmente o efetivo exercício da autonomia por certo contratante. As duas dimensões da liberdade contratual estão, em suma, "em uma sensível relação de tensão", de cuja adequada condução depende a correta atuação da própria obrigatoriedade dos pactos: afinal, uma vinculação irrestrita das partes, cega a graves obstáculos fáticos, pode ser tão nefasta quanto a ausência absoluta de vinculação.[209]

Não apenas a liberdade contratual, mas também a justiça contratual poderia ser vista sob um ponto de vista formal e sob um ponto de vista material.[210] De uma parte, em sua dimensão formal, a justiça contratual teria um caráter procedimental, relacionado à higidez do processo conducente à formação do contrato.[211] De outra parte, em sua dimensão material, a justiça contratual teria um caráter substancial, preocupado com a valoração do conteúdo da avença.[212] A própria formulação da questão evidencia, enfim, a íntima relação entre as noções de justiça contratual substancial e aquilo que se veio a referir por *equilíbrio contratual*.[213]

---

[208] A crítica enfática remonta à lição de Louis Josserand: "A liberdade contratual de outros tempos seria, em muitos casos e para muitos contratantes, a liberdade de morrer de fome ou, no máximo, de ser explorado indignamente e injustamente lesado; seria, como se escreveu, como já foi escrito, a liberdade na selva" (JOSSERAND, Louis. Considerazioni sul contratto "regolato", cit., p. 15). Tradução livre do original: "*La libertà contrattuale di altri tempo sarebbe, in molti casi e per molti contraenti, la libertà di morire di fame o tutt'al più di essere sfruttati indegnamente e ingiustamente lesi; sarebbe, come è stato scritto, la libertà nella jungla*".

[209] "A liberdade contratual jurídica [formal] e a liberdade contratual de fato estão, uma com a outra, em uma sensível relação de tensão, gerada pelo princípio *pacta sunt servanda*. Seria incompatível com ele negar o reconhecimento jurídico a um contrato diante de *qualquer* restrição à efetiva liberdade de decisão" (CANARIS, Claus-Wilhelm. Wandlungen des Schuldvertragsrechts, cit., p. 278). Tradução livre do original: "*Rechtliche und tatsächliche Vertragsfreiheit stehen nämlich in einem brisanten Spannungsverhältnis zu einander, das durch den Grundsatz* pacta sunt servanda *erzeugt wird. Denn mit diesem wäre es unvereinbar, einem Vertrag bei* jeder *Beeinträchtigung der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit die rechtliche Anerkennung zu versagen*" (grifos do original).

[210] Assim leciona CANARIS, Claus-Wilhelm. Wandlungen des Schuldvertragsrechts, cit., p. 282.

[211] Nesse sentido, veja-se o relato fornecido por TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Boa-fé, função social e equilíbrio contratual, cit., p. 15-16.

[212] Em semelhante linha de sentido, Ludwig Raiser sustenta que os "requisitos de justiça substancial do contrato" ("*requisiti di giustizia sostanziale del contratto*", no original) deveriam "constituir o núcleo central de uma teoria do contrato" ("*costituire il nucleo centrale di una teoria del contratto*", no original) (RAISER, Ludwig. Funzione del contratto e libertà contrattuale, cit., p. 98).

[213] Tal conexão foi explicitada por Canaris no âmbito da análise da materialização da justiça contratual: "Com isso se fala de um outro problema central da teoria contratual. Ele reside aproximadamente na diferença fundamental entre um subjetivo e um objetivo princípio do equilíbrio, que não raramente são caracterizados com o par conceitual formal/material. Fala-se normalmente de equilíbrio [ou equivalência] subjetivo ou formal quando o ordenamento jurídico reconhece como contraprestação o que as partes contratantes combinaram como tal; de equilíbrio [ou equivalência] objetiva ou material, diversamente, quando, por sua vez, o conteúdo da contraprestação for determinado independentemente da vontade da parte" (CANARIS, Claus-Wilhelm. Wandlungen des Schuldvertragsrechts, cit., p. 283). Tradução livre do original: "*Damit ist ein weiteres Zentralproblem der Vertragstheorie angesprochen. Das zeigt sich etwa an der grundlegenden Unterscheidung*

Sem embargo de eventual diversidade de nomenclatura, parece possível afirmar que a preocupação com a materialização da liberdade contratual e da justiça contratual está na base do desenvolvimento atribuído pela doutrina contemporânea à temática do equilíbrio contratual.[214] O princípio do equilíbrio contratual consistiria, então, em parâmetro para a valoração da legitimidade da avença. Segundo essa linha de raciocínio, o concreto exercício da liberdade contratual somente afigurar-se-ia legítimo – e, portanto, merecedor de tutela – se resultasse em uma avença consentânea com postulados como a liberdade contratual efetiva, a

zwischen subjektivem und objektivem Äquivalenzprinzip, die nicht selten auch mit dem Begriffspaar formell/materiell gekennzeichnet wird. Von subjektiver oder formeller Äquivalenz spricht man üblicherweise dann, wenn die Rechts-ordnung als Gegenleistung grundsätzlich anerkennt, was die Vertragsparteien als solche vereinbart haben, von objektiver oder materieller Äquivalenz dagegen dann, wenn sie ihrerseits die Gegenleistung unabhängig vom Parteiwillen inhaltlich festlegt". Também a doutrina brasileira revela a íntima conexão construída entre as noções de *justiça* e de *equilíbrio*: "(...) o Direito Civil contemporâneo, de modo geral, ainda procura lidar com um déficit deixado pelo primado do liberal-voluntarismo jurídico no que diz respeito à garantia de relações contratuais mais – conquanto se evite o termo – justas, aqui entendidas como equilibradas ou, de forma mais precisa, não excessivamente desequilibradas" (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 50-51).

[214] "A opção constitucional pelo objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), projeta-se, enfim, no atendimento a imperativos de justiça e proporcionalidade no âmbito do direito contratual. A força obrigatória do contrato e a intangibilidade do seu conteúdo são temperadas pela exigência de que as relações contratuais não se tornem um microcosmos indiferente às situações de desigualdade fática. (...) A justiça contratual manifesta-se, assim, na imposição de um equilíbrio entre prestações, direitos e interesses que não se pauta pela igualdade formal, mas pela adequada proporção entre posições jurídicas livremente negociadas entre as partes e merecedores de tutela. Nesse sentido, costuma-se falar do princípio de equilíbrio contratual, que garante uma mínima correspectividade entre as prestações (...)" (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Contratos: Teoria Geral. In: TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Volume 3: Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 52). Em sentido similar, v., na doutrina italiana: MALOMO, Anna. Interferenze tra ragionevolezza, proporzionalità ed equità in tema di autonomia negoziale. In: PERLINGIERI, Giovanni; FACHECHI, Alessia (*a cura di*). *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporâneo*. Tomo II. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, p. 684-685.

isonomia substancial e a justiça contratual substancial,[215] noções usualmente associadas a uma suposta necessidade de *equilíbrio* entre as prestações assumidas pelos contratantes.[216]

A noção de justiça contratual passa, enfim, a ser cada vez mais associada à própria ideia de *equilíbrio* entre as prestações assumidas pelas partes.[217] A análise se desprende, assim, da acepção formal do equilíbrio contratual – para a qual presumir-se-ia o equilíbrio de um contrato validamente formado – e parte rumo a uma acepção substancial do equilíbrio contratual.[218] De acordo com esse modo de compreensão da matéria, a justiça contratual deixa de depender da mera higidez do processo de formação da avença e passa a levar em consideração igualmente o seu conteúdo, de modo a se "resguardar um patamar mínimo de equilíbrio entre as posições econômicas de ambos os contratantes".[219]

---

[215] "Exatamente por isso a noção de justiça contratual não pode mais ser compreendida como o resultado do somatório da liberdade e da igualdade formais. Se o Direito Civil busca atender 'a liberdade da pessoa concreta em suas relações intersubjetivas e no livre desenvolvimento de sua personalidade', deve-se privilegiar a concretização da liberdade efetiva e da igualdade material" (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme. Fontes e evolução do princípio do equilíbrio contratual, cit., p. 401). Reconhece-se, assim, o papel central da noção de *liberdade substancial* na configuração do direito civil contemporâneo: "Da autonomia privada à liberdade substancial, das titularidades exclusivas aos deveres extraproprietários, dos modelos excludentes ao valor jurídico da afetividade, são exemplos dessa passagem da estrutura para a função, e bem assim dos princípios gerais do Direito para os princípios constitucionais como normas vinculantes" (FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil*: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 49). Para um desenvolvimento da noção de *liberdade substancial* e da sua relevância para a teoria contratual contemporânea, remete-se a RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)*: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, *passim* e, em especial, p. 269 e ss.; e, do mesmo autor, em obra mais recente, RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Relações privadas, dirigismo contratual e relações trabalhistas, cit., p. 103 e ss. Para um desenvolvimento da análise acerca das perspectivas de atuação do princípio da igualdade no direito privado, com a defesa do reconhecimento de um conteúdo substancial ao princípio (ora associado à vedação a diferenciações arbitrárias), v. RAISER, Ludwig. Il principio d'eguaglianza nel diritto privato. In: *Il compito del diritto privato*: saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni. Trad. Marta Graziadei. Milano: Giuffrè, 1990, *passim*.

[216] "Dado que o equilíbrio contratual remete à igualdade, como princípio constitucional, a resolução ou revisão do contrato em razão da alteração de circunstâncias são expressões de uma exigência fundamental do ordenamento. O princípio da igualdade é a *ratio* que enseja o equilíbrio nas relações jurídicas contratuais" (MATTIETTO, Leonardo. O princípio do equilíbrio contratual. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado Rio de Janeiro*, vol. 64, p. 183-191, 2009, p. 189).

[217] "De fato, se, no apogeu do liberalismo, como expressão da liberdade e da igualdade formal das partes, o contrato viabilizava o capitalismo que florescia, na sociedade contemporânea, funcionalizado à realização dos valores constitucionais, o contrato deve ser um instrumento de promoção da igualdade substancial entre os contratantes, traduzida nas noções de justiça e de equilíbrio" (SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor: para um cotejo com o Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações*: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 307).

[218] Para um relato da mudança de paradigma em matéria de equilíbrio contratual – de uma noção puramente formal a uma noção substancial –, v. OSTI, Giuseppe. Contratto, cit., p. 478.

[219] "De acordo com este princípio, a justiça contratual torna-se um dado relativo não somente ao processo de formação e manifestação da vontade dos declarantes, mas sobretudo relativo ao conteúdo e aos efeitos do contrato, que devem resguardar um patamar mínimo de equilíbrio entre as posições econômicas de ambos os contratantes" (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*, cit., p. 157). Em sentido similar, afirma-se: "Consequentemente, a noção de justiça contratual é reformulada por força do solidarismo constitucional, de sorte que já não satisfaz a ideia de justiça contratual formal, baseada na noção de que o contrato pressuporia equivalência entre as prestações, visto ter sido celebrado por pessoas livres e iguais" (MONTEIRO FILHO,

O equilíbrio – e, por via de consequência, a justiça – do contrato não decorreria do mero acordo de vontades (como se extrairia de uma noção autorreferenciada do equilíbrio contratual – v. item 1.1, *supra*), mas sim de uma análise pautada em critérios externos à vontade das partes.[220] Tais critérios externos remontariam à própria tábua de valores da Constituição, com destaque para a solidariedade social e a isonomia substancial.[221] Da axiologia constitucional decorreria, então, segundo essa construção teórica, a busca por um equilíbrio substancial (e não meramente formal), a se manifestar na preocupação com uma relação de equivalência ou de proporcionalidade objetiva entre as prestações.[222]

Da exigência de apuração do equilíbrio (e, por via de consequência, da justiça) contratual à luz da tábua axiológica constitucional decorreu, no plano teórico-metodológico, a afirmação de uma íntima relação entre o princípio do equilíbrio contratual e o controle de merecimento de tutela da liberdade contratual.[223] A legitimidade do concreto exercício da liberdade contratual dependeria, assim, da configuração de um contrato *objetivamente* equilibrado – ou, ao menos, da identificação de um desequilíbrio justificado por alguma

---

Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme. Fontes e evolução do princípio do equilíbrio contratual, cit., p. 401). Semelhante crítica é formulada, ainda, por LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, cit., p. 28.

[220] "Ocorre que, se o contrato revela manifestação clara de autonomia das partes, necessariamente tem que existir espaço para avaliação de conformidade do seu conteúdo, não apenas em relação à vontade das partes, mas com respeito ao ordenamento, os seus valores e princípios informadores" (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme. Fontes e evolução do princípio do equilíbrio contratual, cit., p. 400-401). Os autores prosseguem: "O conteúdo da justiça contratual deve ser buscado, assim, dentro do exato contexto histórico-social no qual o negócio, que se pretende justo, se manifesta" (Ibid., p. 401).

[221] "O equilíbrio contratual fundamenta-se nas normas constitucionais da isonomia substancial e da solidariedade social e, diante disso, sua incidência não pode restar limitada a esferas específicas, como contratos usurários, contratos de trabalho ou mesmo contratos de consumo. Todo e qualquer contrato deve ser equilibrado. O que pode mudar é o significado normativo desse equilíbrio, já que, como observado, a sua aplicação pressupõe o diálogo interpretativo com as circunstâncias concretas da contratação" (KONDER, Carlos Nelson; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. O equilíbrio contratual nas locações em *shopping center*, cit., p. 182). Em sentido similar, v. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme. Fontes e evolução do princípio do equilíbrio contratual, cit., p. 391.

[222] "É no equilíbrio que se encontra a justiça contratual, de caráter substancial, e não meramente formal. Mas essa justiça não pode ser medida de forma subjetiva, baseada no que a parte entende ser equilibrado ou justo, mas sim objetivamente, analisando a equivalência das prestações" (WALD, Arnoldo. A dupla função econômica e social do contrato. *Revista Brasileira de Letras Jurídicas*, n. 25, 2004, p. 18). Afigura-se digna de nota a circunstância de a doutrina empenhada na busca pela objetivação do equilíbrio contratual ter ressalvado da sua análise os contratos gratuitos: "Vamos nos concentrar nos contratos mais importantes economicamente, com os quais se regula a troca de prestações, ou seja, as prestações a título oneroso de bens ou de serviços. A verdadeira e própria gratuidade não faz parte da vida econômica e não pode ser avaliada com base no critério de justiça" (RAISER, Ludwig. Funzione del contratto e libertà contrattuale, cit., p. 98). Tradução livre do original: "*Ci soffermeremo sui contratti economicamente più importanti, con cui si regolano gli scambi di prestazioni, ovvero le prestazioni a titolo oneroso di beni o di servizi. La gratuità vera e propria non fa parte della vita economica e non può essere valutata in base al criterio di giustizia*".

[223] "Nesse sentido, embora se reconheça que o consenso informado seja instrumento de realização do equilíbrio, a constituir 'valor meio' e não 'valor fim', passa-se a sustentar que a aferição do equilíbrio deve se desprender da origem voluntarista do negócio, de modo que a justiça do contrato emane não do acordo de vontades que lhe dá origem, mas do merecimento de tutela do concreto regulamento" (TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Boa-fé, função social e equilíbrio contratual, cit., p. 16).

legítima *razão material*.[224] O princípio do equilíbrio contratual serviria, nessa formulação, "como parâmetro para o controle de merecimento de tutela do conteúdo contratual".[225]

Restaria, então, definir-se o sentido a ser atribuído ao *equilíbrio* de cuja configuração dependeria a própria legitimidade do contrato entabulado pelas partes. A partir do aludido esforço de superação da análise puramente formal, difundiu-se na doutrina contemporânea o entendimento que associa o equilíbrio contratual a uma noção de e*quivalência substancial ou material*.[226] Buscou-se, com isso, ressaltar a feição objetiva e substancial daquilo que haveria de atuar como parâmetro para a valoração do concreto exercício da liberdade contratual.[227]

Não tardou, contudo, a se perceberem os riscos e os inconvenientes que poderiam advir de uma formulação pautada na busca por uma igualdade absoluta entre as prestações.[228] Seja pela potencial irrelevância de desproporções de diminuta monta, seja pela insuficiência

---

[224] Eis a lição de Anderson Schreiber: "Uma ordem jurídica comprometida com uma autonomia privada que não seja um valor em si mesma, mas seja tutelada apenas na medida em que sirva de instrumento à realização dos valores fundamentais do ordenamento jurídico – que protege, ao lado da liberdade, a igualdade substancial e a solidariedade social, entre outros valores –, não pode se contentar com a mera ausência de vício ou falha da vontade. Tal ausência por si só não torna merecedor de tutela o concreto exercício de autonomia privada, tanto mais se resulta em um contrato objetivamente desequilibrado. Há que se perquirir a razão material que torna aquele contrato, ainda assim, merecedor de proteção à luz do ordenamento jurídico (e.g., prática legítima de uma liberalidade, assunção legítima de risco)" (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 64).

[225] "Em contraste com o que se passava no direito contratual clássico, no qual se sobressaía a fase de formação e manifestação de vontade de contratar, o princípio do equilíbrio econômico incide sobre o programa previsto pelas partes. Dessa forma, ele serve como parâmetro para o controle de merecimento de tutela do conteúdo contratual e deve ser ponderado, com paridade de forças, com os princípios da autonomia privada e da intangibilidade do conteúdo do contrato" (KONDER, Carlos Nelson; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. O equilíbrio contratual nas locações em *shopping center*, cit., p. 195).

[226] A ilustrar o entendimento apontado, veja-se: "Em sintonia com os demais princípios, o equilíbrio contratual ganha força com a Constituição de 1988, que passa a impor ampla proteção à dignidade da pessoa humana e à solidariedade social. O equilíbrio abandona aí sua faceta formal e renasce fundado na equivalência substancial (ou material)" (GUERCHON, Dan. Independência dos princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual e as dificuldades enfrentadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cit., p. 294).

[227] A afirmação do caráter objetivo do equilíbrio contratual se encontra, por exemplo, em OLIVA, Milena Donato. Equilíbrio contratual e cláusulas abusivas. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana (Coords.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 626.

[228] Anderson Schreiber alude ao que considera o núcleo essencial do conceito do princípio do equilíbrio contratual: "(...) evitar que qualquer contratante venha a sofrer sacrifício econômico desproporcional em decorrência do cumprimento das obrigações que compõem o objeto do seu contrato. Não se trata, dessa forma, de exigir uma igualdade absoluta entre prestações ou mesmo de exigir uma rigorosa equivalência objetiva entre direitos e obrigações atribuídos pelo contrato a cada uma das partes. Tamanha exigência não apenas representaria uma limitação excessiva à livre iniciativa em uma economia de mercado, caracterizado pela flutuação de preços e valores segundo 'leis' de oferta e procura, mas comprometeria também a própria utilidade do contrato como instituto jurídico, na medida em que, a qualquer mínimo desvio de uma equivalência rigorosa, a relação contratual, dirigida à concretização do objetivo comum dos contratantes, haveria de ser interrompida '*a causa della necessità di procedere a continui addattamenti del regolamento contrattuale*'" (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 58). Em sentido semelhante, Larenz identifica uma função negativa do *Äquivalenzprinzip* consistente na "(...) exclusão da validade em razão de uma flagrante falta de equivalência" (LARENZ, Karl. *Richtiges Recht*, cit., p. 72). Tradução livre do original: "(...) *Ausschluss der Gültigkeit wegen offenkundigen Fehlens der Äquivalenz*".

do exame apenas das prestações principais (e não do inteiro regulamento contratual),[229] seja, enfim, pela possibilidade de circunstâncias legítimas justificarem a formação de um contrato – por assim dizer – desequilibrado, não faltaram razões para a acertada crítica às denominações *princípio da equivalência material* ou *princípio da equivalência das prestações*,[230] as quais poderiam remontar mais diretamente à ideia de igualdade estrita.[231] Para a operatividade do princípio do equilíbrio contratual, segundo essa apurada linha de raciocínio, "a questão não é tanto de equivalência (igual valor), mas sim de equilibrar (do latim, *aequi librare*, sopesar) ou, mais precisamente, de prevenir manifestas desproporções ou desequilíbrios macroscópicos".[232]

---

[229] Em defesa de uma análise global do equilíbrio contratual, afirma-se: "Esse controle do conteúdo, no entanto, não pode significar anulação da autonomia das partes. O contrato é instrumento para autorregulação dos interesses das partes contratantes. Trata-se de um controle de abusividade a ser exercido pelo magistrado, em atenção a todo o programa contratual estabelecido pelas partes (prestações principais, secundárias, acessórias, ônus, prerrogativas, etc.) e durante toda a sua existência. Não se resume, pois, ao equilíbrio das prestações principais apenas, na medida em que a proporcionalidade não é meramente quantitativa, mas, sobretudo, qualitativa" (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme. Fontes e evolução do princípio do equilíbrio contratual, cit., p. 403).

[230] Pertinente, neste ponto, o relato de Anderson Schreiber sobre a pluralidade de denominações na matéria: "Chega-se, por fim, ao chamado princípio do equilíbrio contratual. Aqui, a situação parece ainda mais desafiadora, a começar pela nomenclatura: não faltam propostas alternativas de denominação. Alude-se, nesse sentido, a *princípio do equilíbrio das prestações*, *princípio da equivalência material dos contratos*, *princípio do equilíbrio econômico do contrato*, *princípio do equilíbrio econômico-financeiro*, *princípio da igualdade material contratual*, *princípio da justiça contratual*, entre outras designações. A esse grande mosaico terminológico corresponde uma produção doutrinária e uma aplicação jurisprudencial absolutamente tímidas, quando se observa o tema sob a ótica de um autêntico *princípio*" (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 32. Grifos no original).

[231] Sem embargo do acertado temperamento, parece possível afirmar que a formulação teórica ora sob análise, ao pugnar pela necessidade de um "equilíbrio" entre o valor econômico das prestações, aproximava-se consideravelmente da própria noção usualmente atribuída à "equivalência". Assim, considerando a benfazeja expansão da preocupação com a correção de iniquidades nas relações contratuais, parece não ser casual a referência do Prof. Miguel Reale (Supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil) a um "equilíbrio ético-econômico dos contratos", constante de texto distribuído ao Plenário da Câmara dos Deputados, durante sua conferência na reunião da Comissão Especial Destinada a Dar Parecer ao Projeto de Código Civil, em 5/8/1975 (MENCK, José Theodoro Mascarenhas (Org). *Código Civil Brasileiro no debate parlamentar*: elementos históricos da elaboração da Lei nº 10.406, de 2002. Volume 1: audiências públicas e relatórios (1975-1983). Brasília: Câmara dos Deputados, 2012, p. 1.926). Tal expressão bem retrata a feição (economicista e próxima a um ideal de *equivalência* – ainda que não irrestrita) que a formulação (ora reputada heterorreferenciada) atribuía ao *equilíbrio contratual*, embora mais recentemente tenha a vertente doutrinária em comento se empenhado no afastamento da expressão "equivalência".

[232] SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 58. Em semelhante linha de sentido, afirma-se que, "[d]e fato, hoje, vigora a ideia de que o contrato deve espelhar uma justiça econômica, de sorte que uma das partes não pode desfrutar de um benefício desmesurado em relação à outra. Num negócio oneroso e comutativo, deve haver um razoável equilíbrio econômico entre as prestações" (NEVES, José Roberto de Castro. *Teoria geral dos contratos*, cit., p. 25). V., ainda, SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor, cit., p. 314; SALGADO, Bernardo. Atraso na entrega de imóveis e o "congelamento do saldo devedor": ampliando as fronteiras de um debate frequente na rotina dos tribunais. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Princípios contratuais aplicados*: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 278-279; ZAGNI, João Pedro Fontes. O princípio do equilíbrio contratual e a cláusula reajuste por faixa etária em contratos de plano de saúde na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cit., p. 329; e WILLCOX, Victor. O princípio do equilíbrio contratual e a alocação de riscos pelas partes nas relações paritárias. In: TERRA, Aline de

Na tentativa de conciliar a busca por um equilíbrio substancial e objetivo com as ressalvas supramencionadas, sustenta-se, em doutrina, que o núcleo essencial do princípio do equilíbrio contratual consistiria em um "controle de proporcionalidade de caráter interno e objetivo (econômico) do contrato".[233] Busca-se, com isso, ressaltar a necessidade de um controle eminentemente quantitativo e objetivo do conteúdo contratual,[234] controle esse sem o qual não se poderia completar a investigação sobre a legitimidade da avença.[235] Tão expressiva é a conexão, presente nessa linha de pensamento, entre o equilíbrio contratual e a proporcionalidade que se chega a vislumbrar nesta última (a proporcionalidade) não apenas o núcleo essencial da noção de equilíbrio, mas igualmente uma certa espécie de origem do princípio do equilíbrio contratual.[236]

Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Princípios contratuais aplicados*: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 382-383. O imperativo de se rejeitarem desproporções manifestas e injustificadas (embora associado no princípio da proporcionalidade, e não do equilíbrio) remonta à lição de Pietro Perlingieri: "No que se refere à relação entre direitos e obrigações, o princípio da proporcionalidade vigora no sentido não de impor uma equivalência das prestações, mas de proibir uma desproporção macroscópica e injustificada entre eles. O princípio termina valendo para evitar eventuais desproporções excessivas" (PERLINGIERI, Pietro. Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, vol. 12, p. 131-151, out.-dez./2002, p. 143-144). Tradução livre do original: "*Per quanto attiene al rapporto tra diritti ed obblighi, il principio di proporzionalità vige nel senso non di imporre una equivalenza delle prestazioni, ma di vietare una sproporzione macroscopica e ingiustificata tra queste. Il principio finisce con il valere al fine di evitare eventuali sproporzioni eccessive*". No mesmo sentido, v. MALOMO, Anna. Interferenze tra ragionevolezza, proporzionalità ed equità in tema di autonomia negoziale, cit., p. 686.

[233] Assim leciona Anderson Schreiber: "O princípio do equilíbrio contratual, como aqui apresentado, resume-se, assim, a veicular um controle de proporcionalidade de caráter interno e objetivo (econômico) do contrato. Não é por outra razão que a melhor doutrina estrangeira, por vezes, associa o equilíbrio contratual ao princípio da proporcionalidade" (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 59). A ressaltar a relevância da proporcionalidade para a definição do conteúdo do princípio do equilíbrio contratual, v., ainda, MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme. Fontes e evolução do princípio do equilíbrio contratual, cit., p. 407. Uma correlação entre equilíbrio contratual e busca por "proporcionalidade nas relações contratuais" é formulada, ainda, por OLIVA, Milena Donato. Equilíbrio contratual e cláusulas abusivas, cit., p. 627.

[234] Aflora, no âmbito dessa formulação, a relevância do *valor de mercado* como critério para a definição do equilíbrio contratual. Ao propósito, v., por todos, SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 227.

[235] A necessidade de um controle eminentemente quantitativo do conteúdo contratual – embora pautado no próprio princípio da proporcionalidade, e não no princípio do equilíbrio contratual – é sustentada, entre outros, por Pietro Perlingieri: "Certamente não faltam campos nos quais a fixação da medida da troca não é deixada à livre determinação das partes, devendo-se adaptar a critérios pré-estabelecidos pela lei, entre os quais, por exemplo, o próprio princípio da proporcionalidade" (PERLINGIERI, Pietro. Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti, cit., p. 134-135). Tradução livre do original: "*Certamente non mancano campi nei quali la fissazione della misura dello scambio non è lasciata alla libera determinazione delle parti dovendosi adattare a criteri prestabiliti dalla legge, quale, ad esempio, lo stesso principi di proporzionalità*". Em sentido semelhante, v. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme. Fontes e evolução do princípio do equilíbrio contratual, cit., p. 402 e ss.

[236] "O princípio do equilíbrio econômico remete à concepção aristotélica de justiça, sintetizada na ideia de 'meio termo'. Nesse sentido, podemos dizer que o princípio do equilíbrio econômico do contrato seria, no âmbito específico da teoria contratual, corolário não só do princípio da igualdade substancial, mas, também de um princípio mais geral que é o princípio da proporcionalidade" (SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor, cit., p. 313).

Ainda no que tange à compreensão do equilíbrio contratual pela linha de entendimento em exame, há de se destacar que o esforço de objetivação do tratamento dispensado à matéria finda por resultar na defesa de uma rígida separação conceitual entre o princípio do equilíbrio e o imperativo de tutela das vulnerabilidades contratuais.[237] Segundo essa formulação, o caráter objetivo do equilíbrio demandaria o seu afastamento conceitual em relação a eventuais indagações pautadas na preocupação de se protegerem determinadas pessoas em razão das suas circunstâncias pessoais – não já, portanto, puramente em razão de uma desproporcionalidade objetiva entre prestações.[238]

Sem embargo da destacada importância da referida linha de entendimento para o desenvolvimento da dogmática contratual contemporânea, uma breve incursão no Código Civil parece conduzir à identificação tanto de convergências quanto de divergências entre as premissas teóricas supramencionadas e a orientação do direito positivo. Antes de se demonstrar especificamente o porquê dessa sinalização, cumpre pontuar sinteticamente os enunciados normativos do Código Civil brasileiro mais comumente associados ao princípio do equilíbrio contratual.[239]

No plano originário (i.e., no âmbito da formação do contrato), usualmente se apontam os dispositivos que estabelecem a disciplina de dois dos denominados vícios do consentimento – lesão (art. 157)[240] e estado de perigo (art. 156).[241] No plano superveniente

---

[237] "Não se trata tampouco de reequilibrar posições subjetivas dos contratantes, concedendo-se ao intérprete discricionariedade para majorar ou reduzir vantagens asseguradas no contrato com o escopo de compensar situações de desvantagem em que as partes possam se inserir, por características próprias que trazem consigo, como suas inaptidões pessoais ou vulnerabilidades. Assim, se o contratante é ou não 'consumidor', é ou não pessoa 'superendividada', é ou não pessoa 'idosa', é ou não pessoa economicamente 'mais fraca' que a contraparte são todas questões que, sem nenhum prejuízo da sua importância, devem ser tratadas por instrumentos próprios – legalmente previstos ou extraídos por interpretação das normas de tutela das vulnerabilidades. Não configuram objeto do princípio do equilíbrio contratual, tal como aqui contemplado" (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 52).

[238] Semelhante ordem de preocupação – embora a partir análise do princípio da proporcionalidade, e não do princípio do equilíbrio contratual – é assumida por PERLINGIERI, Pietro. Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti, cit., p. 145.

[239] Pertinente, ao propósito, a lição de Anderson Schreiber: "(...) ao contrário do que fez com a função social do contrato e com a boa-fé objetiva, noções enunciadas de modo aberto já na inauguração do capítulo dedicado aos contratos em geral (arts. 421 e 422), a codificação civil [de 2002] não aludiu nominalmente ao equilíbrio contratual, ao equilíbrio das prestações ou a qualquer outra expressão semelhante. Tal princípio tem origem na doutrina, ora por dedução dos princípios constitucionais, ora por indução das normas regulamentares (regras) constantes da legislação, em particular daquelas que tratam, na parte geral do Código Civil, da lesão e do estado de perigo (arts. 156 e 157) e daquelas que contemplam, no livro dedicado ao Direito das Obrigações, a resolução e a revisão contratual por onerosidade excessiva (arts. 317 e 478 a 480). Nesses seis dispositivos legais, como se verá adiante, o Código Civil brasileiro reprimiu, em alguma medida, o desequilíbrio exagerado do contrato, fornecendo bases normativas específicas para que a doutrina civilista identificasse uma orientação geral da codificação em prol de relações contratuais equilibradas, ou, ao menos, não exageradamente desequilibradas" (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 33-34).

[240] *In verbis*: "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. § 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. § 2º Não se

(notadamente, no âmbito das *perturbações nos contratos*),[242] por sua vez, comumente se apontam os dispositivos referentes à revisão ou à resolução por onerosidade excessiva (arts. 317, 478, 479 e 480).[243] Também se invoca, nesse diapasão, o dispositivo que permite ao juiz reduzir equitativamente a cláusula penal em determinadas circunstâncias (art. 413).[244]

Pode-se, então, compreender a razão da prenunciada identificação simultânea tanto de convergência quanto de divergência entre a doutrina contemporânea do equilíbrio contratual e o tratamento legislativo consagrado nos dispositivos mencionados. De uma parte, nota-se uma convergência no que tange à preocupação com a garantia de alguma proporcionalidade econômica entre prestações, com a subsequente repressão de *desequilíbrios* tanto no plano originário quanto no plano superveniente.[245]

---

decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito".

[241] *In verbis*: "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. Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias".

[242] O destaque às *perturbações nos contratos* se deve à circunstância de que as reflexões a respeito do equilíbrio contratual no plano superveniente usualmente se desenvolvem tendo por referência as vicissitudes patológicas supervenientes à formação da avença. Para o desenvolvimento da análise das *vicissitudes supervenientes do contrato*, em oposição às *vicissitudes originárias*, remete-se a SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*, a. 8, n. 2, p. 1-53, 2019, *passim* e, em especial, item 3.

[243] *In verbis*: "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"; "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"; "Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato"; "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". No que tange à controvérsia instaurada em doutrina a propósito do escopo da interpretação a ser conferida ao art. 317 do Código Civil, remete-se ao item 2.1, *infra*.

[244] *In verbis*: "Art. 413. A penalidade deve ser reduzida eqüitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio". A respeito da correlação do art. 413 do Código Civil com o princípio do equilíbrio contratual, afirma-se: "Em síntese, a escolha do legislador de 2002, em relação ao dever do juiz em reduzir equitativamente a cláusula penal nas hipóteses de cumprimento parcial ou de excessiva onerosidade, evidencia que o ordenamento jurídico brasileiro admite o controle judicial do conteúdo dos pactos, a fim de estabelecer o equilíbrio objetivo das relações contratuais, em hipóteses outras que não as expressamente previstas na disciplina dos vícios do consentimento e da onerosidade excessiva por fatos supervenientes" (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme. Fontes e evolução do princípio do equilíbrio contratual, cit., p. 402-403). Os autores chegam a sustentar um potencial expansivo do dispositivo em comento: "Ainda que não exclusivamente, apresenta-se não só viável, mas de todo conveniente estender a atuação corretiva do magistrado a todas as situações de desequilíbrio ou desproporção manifestas. Em síntese, o recurso à equidade e os parâmetros introduzidos pelo legislador no artigo 413 devem ser utilizados para a operacionalização do princípio do equilíbrio funcional dos contratos. Deve-se, portanto, reconhecer na regra estatuída no artigo 413 potencial expansivo capaz de permitir o controle objetivo da autonomia privada, aplicável, por analogia, a outras situações de desequilíbrio objetivo" (Ibid., p. 403).

[245] A distinção entre desequilíbrio originário e desequilíbrio superveniente é sintetizada por Anderson Schreiber: "Originário é o desequilíbrio contratual já existente no momento de formação do contrato. Superveniente é o

De outra parte, constata-se uma expressiva divergência em razão de o legislador ter atrelado a repressão do *desequilíbrio* (sobretudo, no plano originário) a elementos de índole subjetiva (de que são exemplos maiores os requisitos de inexperiência ou premente necessidade na disciplina da lesão),[246] orientação essa que a formulação heterorreferenciada do equilíbrio contratual busca superar com base na afirmação de que tal espécie de exigência seria incompatível com a feição estritamente objetiva que se busca conferir ao princípio em comento.[247] Diante de tal divergência com o dado normativo, parece prudente falar-se apenas em *equilíbrio contratual em sentido lato* ao tratar-se do *desequilíbrio* originário, caso não se convenha em torno da superação definitiva do recurso à noção de equilíbrio no plano originário.

Seja no plano originário, seja no plano superveniente, eis, em síntese essencial, a formulação que se pode referir por noção *heterorreferenciada* do equilíbrio contratual.[248] Segundo essa forma de compreensão da matéria, o equilíbrio teria como parâmetro de análise não o próprio contrato, mas sim valores externos à vontade das partes, o que justifica a sua caracterização, ora propugnada, como uma visão heterorreferenciada.[249] Também poder-se-ia reputar *heterônoma*[250] ou, ainda, *objetiva*[251] essa visão, dado o destaque conferido a elementos

---

desequilíbrio contratual surgido *a posteriori*, após a formação do contrato" (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 57). O autor prossegue: "O desequilíbrio contratual originário ou genético é aquele que se verifica já ao tempo da formação do contrato. Não advém, portanto, de qualquer modificação – imprevisível ou não – das circunstâncias nas quais o contrato fora celebrado. O contrato já nasce em estado de desequilíbrio. Trata-se aqui do que se tem chamado de 'contratos leoninos', 'contratos injustos', '*contratti iniqui*', e assim por diante" (Ibid., p. 73).

[246] Nesse sentido, veja-se a crítica de Anderson Schreiber ao que considera um excessivo subjetivismo na disciplina da lesão: "O 'abuso' da 'necessidade' ou 'inexperiência' do contratante lesado acabaria, assim, por assumir preponderância em relação ao próprio desequilíbrio objetivo das prestações" (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 81).

[247] Veja-se a crítica de Anderson Schreiber: "A primeira dificuldade que daí deriva reside no fato de que os enunciados das referidas normas regulamentares, ao indicar os requisitos necessários para sua incidência, não se limitavam a exigir uma objetiva desproporção no contrato. Em todos aqueles artigos, nossa codificação civil apegou-se em alguma medida à ideologia do liberal-voluntarismo, acostando ao desequilíbrio objetivo outros requisitos, de caráter subjetivo, ligados ao estado psicológico e anímico das partes no momento da contratação" (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 35). Em semelhante linha de sentido, v. TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Boa-fé, função social e equilíbrio contratual, cit., p. 16; KONDER, Carlos Nelson; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. O equilíbrio contratual nas locações em *shopping center*, cit., p. 180; e GUERCHON, Dan. Independência dos princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual e as dificuldades enfrentadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cit., p. 295.

[248] A ilustrar a invocação do *equilíbrio contratual* como noção heterorreferenciada, v., na doutrina italiana, VETTORI, Giuseppe. Autonomia privata e contratto giusto, cit., *passim* e, em especial, p. 37 e ss.

[249] Tal linha de raciocínio se manifesta, por exemplo, na formulação teórica segundo a qual "[h]á contratos que devem ser desequilibrados, para cumprir sua própria função, de modo que o equilíbrio não é um 'princípio geral', como a boa-fé" (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 647), na qual se percebe a compreensão do equilíbrio como um parâmetro externo ao qual pode ou não ter se alinhado o contrato concretamente considerado.

[250] A ideia de um equilíbrio heterônomo aparece também na lição de Mario Barcellona, para quem uma das questões centrais no tema do equilíbrio contratual consiste em definir "(...) se e em que termos se haja princípios e/ou regras que imponham que um contrato responda a um equilíbrio heterônomo, ou seja, diverso daquele

de cunho objetivo (quantitativo, econômico) para a conformação do equilíbrio contratual a servir de parâmetro de análise da concreta relação entabulada pelos particulares.

1.3. Limitações das formulações tradicionais para a compreensão da fenomenologia do equilíbrio contratual no direito brasileiro

Em que pese o amplo prestígio de que desfrutam as formulações tradicionais, o estágio atual do desenvolvimento da civilística impõe a identificação de limitações ínsitas a cada uma delas para a adequada compreensão da fenomenologia do equilíbrio contratual no direito brasileiro. Para tanto, em harmonia com a ordem de exposição adotada nos itens antecedentes, passam a ser examinadas algumas potenciais insuficiências da formulação autorreferenciada e da formulação heterorreferenciada.

No que diz respeito à concepção autorreferenciada do equilíbrio contratual, pode-se afirmar ter como principal mérito a relevância conferida à liberdade contratual e à vontade individual para a conformação do programa de interesses das partes. Esse mérito tende a esmaecer, contudo, diante dos riscos relacionados a esse modo de compreensão da disciplina contratual, riscos esses passíveis de recondução à advertência geral quanto à insuficiência do voluntarismo, como se depreende da lição de Pietro Perlingieri: "Querer não é poder, em um ordenamento no qual o poder é disciplinado e regulado; querer não é poder e o poder é atribuído pelo direito e não apenas pela vontade das partes".[252] Com efeito, no contexto

---

alcançado pelas partes através das tratativas e determinado, ao invés, por uma medida objetiva atingível a priori" (BARCELLONA, Mario. Equilibrio contrattuale e abuso del diritto. In: MAZZAMUTO, Salvatore (Coord.). *Le tutele contrattuali e il diritto europeo*. Scritti per Adolfo di Majo. Napoli: Jovene, 2012, p. 487). Tradução livre do original: "(...) *se e in che termini si diano principi e/o regole che impongono che un contratto risponda ad un equilibrio eteronomo, ossia diverso da quello raggiunto dalle parti attraverso le trattative e determinato, invece, da una misura oggettiva attingibile a priori*".

[251] Registre-se, por oportuno, que o recurso ao par conceitual objetivo/subjetivo em matéria de equilíbrio contratual (a diferenciar *equilíbrio objetivo* do *equilíbrio subjetivo*), embora não amplamente disseminado na doutrina brasileira, é encontrado com maior frequência no âmbito da doutrina alemã (v., por todos, WOLLNY, Rainar-Maria. *Die tatbestandliches Voraussetzungen der Geschäftsgrundlage*: Problemlösung aus den uterschidelichen Interessenkreisen von Gläubiger und Schuldner unter Einbeziehung des englischen und französischen Rechts. Augsburg: Werner Blasaditsch, 1973, p. 52-54). O ponto será objeto específico de análise no item 2.1, *infra*.

[252] Passagem extraída do seguinte trecho original: "Em mais de uma intervenção, se assistiu a exaltação excessiva da intenção das partes, da vontade: esse é o voluntarismo de outrora, que pode ser vinculado ao livre mercado, ao liberalismo de novo na moda. Isso constitui um erro, porque, se um ordenamento é social, expressão do Estado Social de Direito e, portanto, tem o dever de obter determinados resultados, também deve ter uma hermenêutica que permita alcançar esses objetivos. Portanto, não podemos nos remeter apenas à vontade das partes ou à força econômica delas, mas devemos necessariamente reconstruir o desejado em relação também ao que é possível desejar e ao modo pela qual esse último deve ser realizado. Querer não é poder, em um ordenamento no qual o poder é disciplinado e regulado; querer não é poder e o poder é atribuído pelo direito e não apenas pela vontade das partes" (PERLINGIERI, Pietro. Equilibrio delle posizioni contrattuali e autonomia privata. In: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato – problemi del diritto civile*. Napoli: ESI, 2003, p. 471).

contemporâneo despontam diversos fatores que sinalizam para a superação do dogma da vontade,[253] em movimento teórico que se pode referir por um *giro conceitual da autonomia da vontade à autonomia privada*[254] (ou *à autonomia negocial*).[255]

Pense-se, inicialmente, no fenômeno da heterointegração dos contratos.[256] Já se reconhece que o regulamento contratual é formado não apenas pelas prestações desejadas pelas partes, mas também por deveres oriundos diretamente de fontes legais (não raramente indicadas como normas de ordem pública), de que são exemplos maiores a boa-fé objetiva e

---

Tradução livre do original: "*In più di un intervento si è assistito ad un'eccessiva esaltazione dell'intenzione delle parti, della volontà: questo è il volontarismo di una volta, il quale può essere ricollegato al mercato libero, al liberalismo ritornato di moda. Ciò costituisce un errore, perché se un ordinamento è sociale, espressione dello Stato sociale di diritto e, quindi, ha il compito di raggiungere determinati risultati, deve avere anche un'ermeneutica la quale consenta il conseguimento di questi obiettivi. Pertanto non possiamo rimetterci soltanto alla volontà delle parti o alla forza economica di queste, ma dobbiamo necessariamente ricostruire il voluto in relazione anche a ciò che è possibile volere, ed al modo col quale quest'ultimo deve essere realizzato. Volere non è potere, in un ordinamento nel quale il potere è disciplinato e regolato; il volere non è potere e il potere è attribuito dal diritto e non soltanto dalla volontà delle parti*".

[253] V., por todos, MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato. *Civilistica.com*, a. 2 n. 1, p. 1-24, 2013, item 2. Os excessos da doutrina da autonomia da vontade já eram percebidos por DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général*. *Tome I*. Paris: Arthur Rousseau, 1923, p. 84.

[254] Supera-se, assim, o *preconceito voluntarista* ("*preconcetto volontaristico*", no original) identificado por SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. Napoli: Eugenio Jovene, 1950, p. 98. No sentido do uso da expressão *autonomia privada* em detrimento de *autonomia da vontade*, v., por todos, FERRI, Luigi. Nozione giuridica di autonomia privata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, a. XI, 1957, p. 131. A ilustrar a difusão da crítica ao dogma da vontade, v., ainda, BESSONE, Mario. Dogma della volontà, principio di buona fede e integrazione del contratto. In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario; ROPPO, Enzo. *Rischio contrattuale e autonomia privata*. Napoli: Jovene, 1982, p. 351; SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 97; e CARRESI, *Recensione a* SCOGNAMIGLIO, Renato. Contributo alla teoria del negozio giuridico. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, a. VI, p. 479-495, 1952, *passim* e, em especial, p. 491 e ss.; e, no direito brasileiro, GOMES, Orlando. Autonomia privada e negócio jurídico. In: *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, *passim*. O reconhecimento do percurso teórico em comento desfruta, como visto, de ampla consagração na civilística, embora se identifique em doutrina uma crítica à invocação do próprio conceito de *autonomia* no campo jurídico-individual (SILVA FILHO, Osny da. *Fundamentos do direito contratual*: doutrina, teoria e empiria. São Paulo: Almedina, 2022, p. 6).

[255] Pietro Perlingieri sustenta que a menção à *autonomia negocial* lograria contemplar os atos de autonomia realizados pelas pessoas jurídicas de direito público atreladas ao Estado (e não apenas por agentes originalmente *privados*), definindo-a como "(...) o poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito público ou privado de regular com próprias manifestações de vontade, interesses públicos ou privados, ainda que não necessariamente próprios" (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 338).

[256] "*In definitiva, con l'eterointegrazione (...) si alude a forme di intervento sul contrato che vanno al di là del pur ampio svolgimento della logica della dichiarazione e che, quindi, aggiungono all'attività delle parti nella costruzione del definitivo regolamento contrattuale*" (RODOTÀ, Stefano. *Le fonti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè, 1969, p. 9). Em tradução livre: "De fato, com a heterointegração (...) se alude a formas de intervenção sobre o contrato que vão além do amplo desenvolvimento da lógica da declaração e que, portanto, se acrescentam à atividade das partes na construção do definitivo regulamento contratual".

seus corolários deveres laterais de conduta.[257] Se é verdade que a vontade das partes não mais goza de exclusividade para a configuração do programa contratual, logo se percebe a insuficiência do modelo teórico pautado exclusivamente no voluntarismo.[258] Não se justificaria, portanto, uma compreensão do equilíbrio contratual baseada puramente no dogma da vontade.

A insuficiência da noção autorreferenciada do equilíbrio contratual tende a agravar-se ainda mais ao se levar em consideração a ausência de caráter absoluto da autonomia privada – e da subsequente liberdade contratual.[259] De fato, ao se reconhecerem a unidade-complexidade do ordenamento jurídico e a supremacia hierárquico-normativa da Constituição,[260] conclui-se pela impossibilidade de aferição da legitimidade do exercício da autonomia privada sem a consideração da tábua axiológica que informa o inteiro sistema jurídico.[261] A legitimidade do exercício da liberdade contratual passa, enfim, a estar

---

[257] Teresa Negreiros associa os deveres laterais de conduta à complexidade obrigacional: "Tais deveres pressupõem uma nova compreensão da relação obrigacional, que passa a ser vista como um processo, complexo, que tem em mira a finalidade global da obrigação, e não apenas o adimplemento, exigindo-se, por isso, uma relação de cooperação entre ambas as partes, credor e devedor, que subsiste até mesmo depois de adimplida a prestação principal" (NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 247). Em sentido semelhante, v. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2007, p. 592; e LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, vol. I. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 121.

[258] V., por todos, BLENGIO, Juan E. ¿Hacia uma contratación más equilibrada y justa? Crónica de algunos remédios generales al desequilíbrio de la relación contractual. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 29, p. 151-177, jan.-mar./2007, p. 152.

[259] Vale destacar, nesse ponto, a advertência de Pietro Perlingieri, a sustentar que o "dogma da autonomia privada (...) não pode ser tomado como postulado. É necessário questionar, ao contrário, quais são os aspectos em que se manifesta a autonomia negocial. Tradicionalmente, responde-se que esta se traduz, antes der tudo, na liberdade de negociar, de escolher o contratante, de determinar o conteúdo do contrato ou do ato, de escolher, por vezes, a forma do ato. É preciso verificar se tais liberdades encontram efetiva confirmação na teoria dos atos, em razão da fisionomia que esta assume diante dos princípios gerais do ordenamento. É a partir de tais princípios que se extrai a valoração de merecimento de tutela para a autonomia negocial: a autonomia, portanto, não é um valor em si" (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 341-342). A partir de similar ordem de preocupação, a doutrina contemporânea elucida que ausência de caráter absoluto não se confunde com uma suposta ausência de valor própria subjacente à autonomia privada: "(...) o ato de autonomia privada, desde que não viole a axiologia do ordenamento jurídico (portanto, desde que lícito e não abusivo) será merecedor de tutela, ainda que não promova especificamente nenhum interesse supraindividual, de modo que a autonomia pode, sim, ser considerada um valor juridicamente merecedor de tutela" (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., p. 296, nota de rodapé n. 866). A ausência de caráter absoluto era advertida já por Giuseppe Osti ao tratar do *Codice Civile* italiano de 1865: "No entanto, mesmo em referência ao sistema liberal do *Codice* [de 1865], parecem-nos errôneas as concepções filosóficas que atribuem um valor absoluto ao princípio da autonomia da vontade privada, e no acolhimento desse princípio enxergam o reconhecimento de um senhorio da vontade individual, de um poder autônomo de criação de efeitos jurídicos" (OSTI, Giuseppe. Contratto, cit., p. 49). Tradução livre do original: "*Eppure, anche in riferimento al sistema liberale del codice* [*del 1865*], *ci sembrano erronee le concezioni filosofiche le quali attribuiscono al principio della autonomia della volontà privata un valore assoluto, e nell'accoglimento di quel principio ravvisano il riconoscimento di una signoria della volontà individuale, di un potere autonomo di creazione di effetti giuridici*".

[260] V., por todos, PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 205-208.

[261] A destacar a inafastável incidência do juízo valorativo de merecimento de tutela sobre os atos de autonomia privada, v., por todos, na doutrina italiana, PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*,

subordinada a um juízo valorativo (referido por juízo de *merecimento de tutela em sentido lato*) idôneo a assegurar a compatibilidade da atuação privada com os valores mais caros ao ordenamento jurídico.[262] Tais premissas conduzem, em matéria de equilíbrio contratual, ao reconhecimento de que o programa contratual a ser promovido não escapa de um controle de conformidade axiológica à luz do sistema jurídico em que se insere.[263]

A se admitir a procedência dessas considerações, dever-se-á dispensar maior cautela para a análise das alterações promovidas pela Lei da Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019) sobre o Código Civil. Pense-se, inicialmente, na já referida inclusão do § 2º ao art. 113 do Código Civil: se, por um lado, parece consentânea com a lógica da liberdade contratual a prerrogativa de pactuação de regras de interpretação e de integração desejadas pelas partes, não parece legítimo, por outro lado, um ajuste que pretenda, por exemplo, excluir *tout court* a incidência da boa-fé objetiva e do consequente padrão cooperativo imposto às partes. Revela-se digna de nota, a esse propósito, a circunstância de que os supramencionados diplomas internacionais, apesar de ostentarem um claro propósito de deferência à liberdade contratual, buscam compatibilizar seu exercício com a boa-fé objetiva e com as práticas do mercado.

No plano interno, a própria vinculação axiológica da boa-fé objetiva à solidariedade social reforça a ideia de que uma exclusão apriorística da sua incidência estaria fadada a não prosperar.[264] A limitação à liberdade contratual tornar-se-ia tendencialmente ainda mais acentuada a se levarem em consideração princípios que promovem mais diretamente a tutela de valores socialmente relevantes – caso, por exemplo da função social dos contratos.[265] Essas

---

cit., p. 649-650; e MALOMO, Anna. Interferenze tra ragionevolezza, proporzionalità ed equità in tema di autonomia negoziale, cit., p. 686 e ss.; e, na doutrina brasileira, SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela, cit., *passim*.

[262] "Em sentido lato, portanto, a noção de merecimento de tutela representa justamente o reconhecimento de que a eficácia de certa conduta particular é compatível com o sistema e, por isso, deve ser protegida" (SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela, cit., p. 76-77). Para o desenvolvimento da análise acerca do juízo de merecimento de tutela em sentido estrito, v., ainda, SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela, cit., item 5.

[263] V., por todos, LINDAO, Indira Johana Díaz. El control del equilíbrio económico y originario del contrato. Entre la justicia contractual y la justicia distributiva. In: VILLAREAL, Martha Lucía Neme (Coord.). *Autonomía privada*: perspectivas del derecho contemporâneo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, *passim* e, em especial, p. 224 e ss.

[264] A sustentar que a boa-fé objetiva traduziria uma expressão da solidariedade social no campo das relações privas, v. MORAES, Maria Celina Bodin de. Notas sobre a promessa de doação. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 282; e KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 50, p. 217-236, abr.-jun./2012, p. 220.

[265] Ao propósito, v., por todos, TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos, cit., p. 149. Registre-se, por oportuno, a formulação teórica que destaca a possibilidade de a função social do contrato atuar como "(...) um postulado metodológico-hermenêutico que leva o intérprete a submeter a tutela do direito individual ao atendimento de interesses coletivos. Contrapõe-se, em certa medida, à possibilidade de concebê-la

advertências não pretendem, por certo, nem ignorar a fluidez do conteúdo de cada um dos princípios, nem afastar a possibilidade de as partes legitimamente estipularem parâmetros de interpretação-integração do contrato que atendam a seu interesse e se coadunem com a tábua axiológica constitucional. O que não se revela admissível é que, a pretexto do exercício da prerrogativa estatuída pelo novel § 2º do art. 113 do Código Civil, os contratantes promovam a exclusão de valores cuja observância decorre da incidência impositiva da Constituição.[266]

Semelhante cautela deve ser empregada na análise do art. 421 do Código Civil, cuja redação passou a enunciar que a "liberdade contratual" (em substituição à "liberdade de contratar")[267] se exerce não "em razão e nos limites", mas tão somente "nos limites" da função social do contrato.[268] Tal alteração do diploma civil consiste em uma espécie de retomada (quiçá não deliberada) da formulação teórica segundo a qual a liberdade contratual,

---

como princípio, já que ela não é ponderada ou superada por outros princípios, não valora ou reprova condutas específicas, não se limita a impor sanções. Trata-se muito mais de uma exigência interpretativa que remete a tutela do contrato ao atendimento de bens jurídicos coletivos para além dos bens individuais" (KONDER, Carlos Nelson. Para além da "principialização" da função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 13, p. 39-59, jul.-set./2017, p. 58).

[266] Vista a questão por outro ângulo, pode-se afirmar que, mesmo que, a pretexto de promoverem a exclusão da boa-fé objetiva, as partes estipulem padrões de comportamento reputados pouco ortodoxos à luz das práticas comuns no tráfego jurídico, ainda assim a boa-fé objetiva incidirá para determinar que as partes cooperem entre si para a persecução do resultado útil legitimamente esperado do programa contratual por elas entabulado (desde que reputado legítimo, por certo). Afinal, a boa-fé objetiva (nesse ponto, em contraposição à função social do contrato) atua justamente para adequar o comportamento das partes aos padrões de conduta exigíveis para a promoção do próprio programa contratual, o qual pode ser integrado, por exemplo, por mecanismos de alocação de riscos e pela estipulação de deveres de conduta reputados relevantes para as peculiaridades da relação concretamente entabulada pelas partes.

[267] Tal ponto de alteração foi objeto de elogios por parte da doutrina, segundo a qual a nova redação atribuída ao art. 421 do Código Civil teria positivado o entendimento, já sedimentado em sede acadêmica, no sentido de que a função social limitaria não apenas a prerrogativa de decidir por contratar ou não (que estaria associada à expressão "liberdade de contratar"), mas também o próprio conteúdo da avença (que estaria associado à expressão mais abrangente "liberdade contratual"). Nesse sentido, v. TARTUCE, Flávio. A "Lei da Liberdade Econômica" (Lei n. 13.84/2019) e o seus principais impactos para o direito civil: mudanças no âmbito do direito contratual. *Revista Brasileira de Direito Contratual*, São Paulo, n. 1, p. 20-31, out./dez. 2019. Embora sequer se devesse atribuir destacado relevo a eventual dúvida de interpretação a partir da expressão adotada na redação original (uma vez que "de contratar" pode ser entendida, no vernáculo, como uma locação adjetiva correspondente a "contratual"), não se ignora o possível impacto positivo da novel redação.

[268] "A mudança legislativa trazida pela Lei nº 13.874/2019 aparenta gerar impacto muito mais simbólico do que uma efetiva transformação no direito contratual brasileiro. A razão disso é que as alterações propostas pela nova legislação partem de premissas equivocadas a respeito das dificuldades a respeito da aplicação da função social do contrato e, por isso, apresenta solução que, para qualquer dos vieses ideológicos envolvidos, deverá revelar-se ineficaz. No âmbito doutrinário, a supressão da expressão 'em razão de' parece voltar-se a satisfazer os receios de autoritarismo estatal, pois se afastaria a previsão legislativa de que a função social do contrato seria fundamento da própria liberdade contratual. A alteração, todavia, não deve fazer muita diferença na controvérsia sobre o tema. Para aqueles que sustentam que a razão dos contratos serem tutelados é a função social da liberdade contratual, isso é uma decorrência da normativa constitucional, que, no art. 170, funcionaliza a livre iniciativa ao atendimento de vários critérios, como o valor social do trabalho, o meio ambiente, a proteção do consumidor. Portanto, o texto constitucional continua a dar guarida a essa vertente interpretativa, não obstante a promulgação da Lei nº 13.874/2019" (KONDER, Carlos Nelson; COBBETT, Luccas Goldfarb. A função social do contrato após a Lei de Liberdade Econômica. *Revista Brasileira de Direito Contratual*, n. 7, p. 5-22, abr.-jun./2017, p. 17-18).

por seu caráter pretensamente ilimitado, somente encontraria limites externos e excepcionais à sua configuração.[269]

Em realidade, como já se pôde antecipar, a legitimidade do exercício da liberdade contratual depende inexoravelmente da sua conformação com a tábua axiológica constitucional.[270] A autonomia privada – fonte da liberdade contratual –,[271] conquanto seja uma valor relevante na ordem jurídica, definitivamente não goza de caráter absoluto – e, tampouco, superior aos demais valores tutelados pelo ordenamento.[272] Assim tem

[269] Em análise da vertente teórica que pugna pela existência apenas de limites externos ou negativos à autonomia privada, afirma-se: "(...) pude constatar que a autonomia privada não é um poder ao qual corresponda uma função. O Estado não indicou fins nem propôs interesses aos quais esse poder deveria servir; limitou-se a sinalizar, como observei, os confins externos, ou seja, limites negativos" (FERRI, Luigi. Nozione giuridica di autonomia privata, cit., p. 135). Prossegue a análise crítica: "Mesmo esse ponto de alto interesse, e não apenas teórico, nem sempre foi compartilhado. É muito difusa a opinião de que a atividade negocial deve perseguir fins socialmente apreciáveis. Essa visão, tornada verossímil pelo art. 1322, c.c., tende a transformar a autonomia privada em poder-função, isto é, em um poder para o qual a consecução de um propósito é proposta pela lei. Ao adotá-la, vai-se contra a própria razão da distinção entre direito público e privado, entre interesse público e interesse privado" (Ibid., p. 135-136). Tradução livre do original: "(...) *ho potuto constatare come l'autonomia privata non sia un potere cui corrisponda una funzione. Lo Stato non ha indicato dei fini, né proposto degli interessi cui questo potere debba servire; esso si è limitato a segnarne, come ho osservato, i confini esterni, cioè dei limiti negativi*"; "*Anche questo punto di alto interesse, e non solo teorico, non è sempre condiviso. È molto diffusa l'opinione che l'attività negoziale debba perseguire fini socialmente apprezzabili. Questa veduta, resa verosimile dall'art. 1322, c.c., tende a trasformare l'autonomia privata in potere-funzione, cioè in un potere cui è proposto dalla legge il raggiungimento di uno scopo. Adottandola si va ad urtare contro la ragione stessa della distinzione fra diritto pubblico e diritto privato, fra interesse pubblico e interesse privato*".

[270] Trata-se de corolário do reconhecimento geral de que a vontade privada não pode ser vista como um elemento antagônico ao interesse social e à proteção de grupos minoritários: "a ideologização da vontade (a exasperá-la ou demonizá-la) acaba por prejudicar a dogmática do direito civil, reduzindo, de maneira inquietante, o debate jurisprudencial (relacionado ao controle da atividade econômica privada, à execução específica das obrigações e à responsabilidade civil) à posição política do magistrado em relação ao consumidor, ao fornecedor, à Fazenda Pública, ao empresário, ao empregado e assim por diante. Daí o empobrecimento da dogmática e da jurisprudência. O caminho parece ser, em contrapartida, o respeito à autonomia privada sem mistificá-la, controlando-se evidentemente as forças de produção e o mercado, para que não venham estes a moldar a doutrina contratual e a teoria da interpretação" (TEPEDINO, Gustavo. Evolução da autonomia privada e o papel da vontade na atividade contratual. In: FRANÇA, Erasmo Valladão; ADAMEK, Marcus von (Coord.). *Temas de direito empresarial*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 334).

[271] A doutrina contemporânea tem empreendido esforços para a consolidação da distinção fundamental entre a *autonomia patrimonial* e a *autonomia existencial*, no intuito de se demarcarem as necessárias distinções entre o regramento das situações jurídicas subjetivas conforme promovam mediatamente ou imediatamente o valor da dignidade da pessoa humana. Para o desenvolvimento da reflexão, remete-se, por todos, a MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, *passim*; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 16, p. 75-104, abr.-jun./2018, *passim*. À luz desse renovado contexto metodológico, cumpre advertir que o presente estudo se ocupa tão somente da autonomia privada patrimonial.

[272] A ilustrar o reconhecimento do caráter não absoluto da autonomia privada, veja-se a lição de Luigi Ferri, que, no contexto de crítica a uma concepção naturalista da autonomia, assevera que "o problema da autonomia é, antes de tudo, um problema de limites: "Sem direito, na minha opinião, não se pode conceber a autonomia privada, nem os negócios jurídicos que são a sua expressão. O problema da autonomia é, antes de tudo, um problema de limites e de limites que são sempre o reflexo de normas jurídicas, na ausência das quais o próprio problema não poderia sequer se colocar, a menos que se queira identificar autonomia com liberdade natural ou moral do homem" (FERRI, Luigi. Nozione giuridica di autonomia privata, cit., p. 130-131). Tradução livre do original: "*Senza diritto, a mio avviso, non si può concepire l'autonomia privata, né i negozi giuridici che di questa sono l'espressione. Il problema dell'autonomia è, anzitutto, un problema di limiti e di limite che siano sempre il riflesso di norme giuridiche, in mancanza delle quali il problema stesso non potrebbe neppure porsi, a meno che non si voglia identificare l'autonomia con la libertà naturale o morale dell'uomo*".

empenhadamente se esforçado em demonstrar a parcela da doutrina preocupada em proclamar um caráter meramente instrumental da autonomia privada,[273] em linha de pensamento comparável com aquela, de matriz publicista, dedicada a destacar um valor puramente instrumental da livre iniciativa.[274-275]

Tais considerações se associam, ainda, com a enunciação teórica dos denominados *limites internos* à autonomia privada,[276] a traduzir o esforço de afirmação da necessidade de reformulação da própria noção de autonomia privada, com um afastamento em relação ao paradigma clássico. De fato, independentemente da expressão verbal refletida na lei (*em razão e nos limites* ou apenas *nos limites* da função social do contrato), é certo que o concreto exercício de autonomia somente se reputará merecedor de tutela se for consentâneo com os valores consagrados pelo ordenamento, entre os quais se situam, naturalmente, os valores socialmente relevantes para os quais sinaliza a função social do contrato.

Delineiam-se, assim, em formulação sintética, algumas das razões justificadoras da insuficiência de uma noção puramente autorreferenciada para a compreensão do equilíbrio contratual. Por um lado, o regulamento contratual é composto não apenas por prestações desejadas pelas partes, mas igualmente por deveres decorrentes de normas de ordem pública, no fenômeno referido por heterointegração dos contratos. Por outro lado, não se justifica que a liberdade contratual tenha a sua legitimidade aferida exclusivamente a partir da própria vontade das partes, impondo-se, ao revés, a investigação da sua conformidade com os demais

---

[273] V., por todos, SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 64.

[274] De fato, a discussão (classicamente privatista) sobre o caráter instrumental ou não da autonomia privada parece corresponde àquela discussão (classicamente publicista) sobre o caráter instrumental ou não da livre iniciativa, bem sintetizada por Adalberto Pasqualotto: "Ninguém discute que a livre iniciativa é a base da nossa economia, mas o papel que ela desempenha na Constituição já não colhe unanimidade. Ela aparece em dois dispositivos matrizes da Constituição: no art. 1º, inc. IV, e no art. 170. O art. 1º enuncia os fundamentos da República Federativa do Brasil. No inciso IV, aparecem 'os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa'. O art. 170 afirma que a ordem econômica se funda 'na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa'. A divergência está em saber se a livre iniciativa é, por si mesma, um princípio fundamental ou se a valoração constitucional recai sobre os seus efeitos sociais – *o valor social da livre iniciativa*" (PASQUALOTTO, Adalberto. Valor e desvalor da livre-iniciativa. *Civilistica.com*, a. 8, n. 3, p. 1-29, 2019, p. 1-2. Grifos no original). A ilustrar a crítica ao reconhecimento de valor autônomo à livre iniciativa, v. PASQUALOTTO, Adalberto. Valor e desvalor da livre-iniciativa, cit., p. 3; e, em sentido assemelhado, BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. Comentário ao artigo 1º, inciso IV. Os valores sociais da livre-iniciativa. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 134; GRAU, Eros Roberto. Comentário ao artigo 170, *caput*, cit., p. 1.791; e GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, cit., p. 198.

[275] À luz dessa associação, não é de se estranhar a correspondência, identificada em doutrina, entre a liberdade contratual (corolário da autonomia privada) e a liberdade de iniciativa econômica, como se verifica em MESSINEO, Francesco. Contratto: II – Diritto privato. In: CALASSO, Francesco (Coord.). *Enciclopedia del diritto*. Vol. IX. [Milano]: Giuffrè, 1961, p. 802.

[276] "Os chamados limites à autonomia, postos à tutela dos contratantes vulneráveis, não são mais externos e excepcionais, mas, sim, internos, enquanto expressão direta do ato e do seu significado constitucional" (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 358).

valores que informam o inteiro ordenamento jurídico. A insatisfação com o paradigma liberal clássico subjaz ao esforço da doutrina contemporânea quanto à formulação de uma nova abordagem do equilíbrio contratual, neste estudo referida por concepção heterorreferenciada (v. item 1.2, *supra*).

No que diz respeito à concepção heterorreferenciada do equilíbrio contratual, pode-se destacar, entre outros, o seu mérito de lançar um novo olhar sobre a disciplina dos contratos, em especial no que tange à afirmação de que a vontade individual não pode servir de parâmetro valorativo de si própria. Esse mérito não impede – antes, aconselha –, contudo, que se enunciem algumas advertências acerca da noção heterorreferenciada do equilíbrio contratual. Tais advertências se resumem fundamentalmente à sinalização de pelo menos duas espécies de riscos no enfrentamento da matéria: de um lado, o risco de uma intervenção injustificada em certas relações privadas; de outro lado, o risco de esmorecimento da autonomia conceitual do próprio princípio do equilíbrio contratual – este último presente, a bem da verdade, também no âmbito da formulação autorreferenciada, diante da possível enunciação do princípio do equilíbrio contratual como mero reforço semântico da autonomia privada (em especial, da liberdade contratual).

O primeiro dos aludidos riscos tem origem especificamente na proclamação de uma rígida separação entre as noções de *equilíbrio contratual* e de *vulnerabilidade do(s) contratante(s)*. Não se desconhece, por certo, o esforço deliberado dessa formulação teórica quanto à objetivação do tratamento dispensado ao equilíbrio contratual, em oposição àquela que se referiu por uma concepção autorreferenciada do tema. Do acertado esforço de objetivação da análise dos contratos não parece possível, contudo, depreender a enunciação de um princípio que pudesse legitimar, *prima facie*, a intervenção judicial na busca por uma proporcionalidade econômico-financeira na generalidade das relações contratuais independentemente da análise das partes envolvidas, sua posição na relação, seus interesses e suas eventuais vulnerabilidades concretas.

Contra um tal desiderato – excessivamente objetivista – se haveriam de objetar tanto razões de índole prática quanto razões de índole jurídico-constitucional. No plano prático, pode-se pensar em circunstâncias como a dificuldade de definição judicial do *justo preço*[277] e

[277] A dificuldade de definição do (suposto) *justo preço* é bem retratada por Karl Larenz: "Mas existe, afinal, uma possibilidade de constatar se duas prestações objetivamente aproximadas uma da outra têm ou não o mesmo valor? A pergunta sobre qual é o justo preço e a justa remuneração foi uma das perguntas fundamentais do Direito Natural. Ela ocupou não apenas juristas e filósofos, mas também economistas" (LARENZ, Karl. *Richtiges Recht*, cit., p. 70). Tradução livre do original: "*Aber gibt es überhaupt eine Möglichkeit, festzustellen, ob zwei Leistungen objektiv einander annähernd gleichwertig sind oder nicht? Die Frage, welches der gerechte Preis und der gerechte Lohn sei, war eine der Grundfragen des Naturrechts. Sie hat nicht nur Juristen und*

o potencial de consequências negativas para a regulação do mercado em uma economia pautada pela liberdade de iniciativa e pela liberdade de fixação de preços.[278] Às possíveis objeções da práxis se acoplam, de qualquer modo, relevantes óbices de cunho jurídico, a começar pela previsão normativa contida na Lei da Liberdade Econômica (Lei nº. 13.874/2019), que assegura a "toda pessoa, natural ou jurídica", o direito de "definir livremente, em mercados não regulados, o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda" (art. 3º, III).[279] A Constituição Federal corrobora (e fundamenta) essa conclusão: com efeito, não parece possível extrair da disciplina constitucional um imperativo de *equilíbrio* (*rectius*: equivalência ou proporcionalidade econômico-financeira) como requisito geral de legitimidade das relações contratuais.[280]

Philosophen, sondern auch Wirtschaftswissenschaftler beschäftigt". Ainda para um relato da dificuldade de definição do (suposto) *justo preço*, v. LINDAO, Indira Johana Díaz. El control del equilíbrio económico y originario del contrato, cit., p. 232 e ss.

[278] Assim comenta a doutrina ao comentar o art. 3º, III, da Lei da Liberdade Econômica, que preceitua a liberdade de precificação: "O destinatário da norma [art. 3º, III, da Lei da Liberdade Econômica] não é apenas a Administração Pública, mas também o Judiciário. Não podem ser tabelados preços em mercados livres e não pode um juiz, em regra, alterar os preços contratados. (...) Quando se tomam, na macroeconomia, a oferta e a demanda agregada de todos os agentes, o cruzamento entre essas curvas indicará um preço de equilíbrio. A fixação, por ato de autoridade, de um preço abaixo daquele ponto – ou seja, um preço mais barato do que o de equilíbrio –, provocará um aumento significativo dos que buscam o produto tabelado, e uma simultânea diminuição dos que estão dispostos a ofertá-lo. A consequência será a falta da mercadoria ou a contratação ilegal de ágio. Se a autoridade, ao contrário, fixar um preço superior ao de equilíbrio, o contrário ocorrerá: muitos quererão ofertá-lo, e poucos comprá-lo. O efeito será a redução significativa do número de operações, ou a celebração de contratos a preços inferiores ao tabelado" (CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. Liberdades de precificação e de pactuação. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Org.). *Comentários à Lei da Liberdade Econômica*: Lei 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 117-118).

[279] Não se trata, por certo, de comando absoluto. Aliás, o próprio art. 3º da Lei da Liberdade Econômica expressamente estabelece que o referido inciso III não se aplica "às situações em que o preço de produtos e de serviços seja utilizado com a finalidade de reduzir o valor do tributo, de postergar a sua arrecadação ou de remeter lucros em forma de custos ao exterior" (art. 3º, § 3º, I) e a "à legislação de defesa da concorrência, aos direitos do consumidor e às demais disposições protegidas por lei federal" (art. 3º, § 3º, II).

[280] Assim esclarece Caio Mário da Silva Pereira ao tratar do contrato de compra e venda, em lição passível de ampliação para além dessa espécie contratual: "O preço tem de ser sério, traduzindo a intenção efetiva e real de constituir uma contraprestação da obrigação do vendedor. (...) Mas não se requer seja ele justo. O problema do justo preço, que ocupou ativamente os juristas medievais, não atormenta os modernos, convencidos de que não há estimativa precisa e rigorosa para cada coisa. Salvo nos casos em que o atentado à comutatividade é punido especialmente (rescisão por lesão subjetiva, nos termos do art. 157 do Código Civil), não se pode negar efeito ao contrato, ainda que falte perfeita correspectividade entre um e outro" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume III: Contratos. 16. ed. Atual. Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 154). Nesse sentido, colhe-se também da doutrina italiana: "*L'interprete deve valutare unicamente se l'operazione economica riproduce nella sua concretezza i lineamenti disegnati dalle parti. Con il suo giudizio dovrà verificare se in un contratto sinallagmatico possa dirsi realmente sussistente, sulla base di parametri tratti dalla sensibilità sociale, scambio (...): ma tramite questa indagine non potrà assolutamente valutare l'equilibrio tra prestazioni*" (GAROFALO, Andrea Maria. La causa del contrato tra meritevolezza degli interessi ed equilíbrio dello scambio. *Rivista di Diritto Civile*, a. LVIII, n. 2, p. 573-614, mar.-abr./2012, p. 599). Em tradução livre: "O intérprete deve apenas avaliar se a operação econômica reproduz em sua concretude as características traçadas pelas partes. Com seu julgamento terá que verificar se em um contrato sinalagmático pode-se dizer que realmente existe, com base em parâmetros tirados da sensibilidade social, troca (...): mas através desta investigação ele absolutamente não poderá avaliar o equilíbrio entre as prestações". Nessa linha de sentido, alude-se, ainda, à "impossibilidade de se individualizar no equilíbrio da troca um fator determinante da

Em realidade, do ordenamento jurídico nacional não se depreende uma repressão absoluta a legítimas posições de vantagem conquistadas negocialmente.[281] Mesmo a se partir da já referida (e questionável) premissa de que o direito contratual deveria ser orientado pelo ideal de redistribuição de riquezas,[282] perceber-se-á que a intervenção judicial não haveria de se pautar pela busca indiscriminada de equivalência ou proporcionalidade econômico-financeira,[283] mas sim pela busca de certa relação de proporcionalidade quando o cenário contraposto (i.e., o cenário de ausência de proporcionalidade) for prejudicial à parte socioeconomicamente menos favorecida da relação.

A redistribuição de riquezas somente poderia ser promovida, afinal, com uma intervenção destinada a *favorecer* a parte em situação de inferioridade, sob pena de a disciplina contratual não apenas preservar, mas intensificar as desigualdades que a Constituição busca reduzir. Percebe-se, assim, o grave risco de déficit de legitimidade constitucional por parte de eventual atuação interventiva que, a pretexto de reprimir desproporções entre as prestações, finde por traduzir comprometimento da liberdade contratual sem uma justificativa valorativa suficiente.

Do quanto exposto não se deve extrair uma conclusão no sentido da absoluta irrelevância da equivalência ou da proporcionalidade econômica entre as prestações (ou polos

---

eficácia jurídica de um contrato" (COSTANZA, Mario. Meritevolezza degli interessi ed equilíbrio contrattuale. *Contratto e Impresa*, a. 3, n. 1, p. 423-433, 1987, p. 431. Tradução livre do original: "*impossibilità di individuare nell'equilibrio dello scambio un fatore determinante la efficacia giuridica di um contratto*"), bem como à circunstância de a equivalência objetiva de valor econômico entre as prestações não constituir um requisito necessário aos contratos a título oneroso em geral (BIANCA, C. Massimo; PATTI, Guido; PATTI, Salvatore. *Lessico di Diritto Civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1995, p. 326).

[281] Ao propósito, v. TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela lei nº 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coords.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 506. Devem-se, portanto, repelir formulações que identificam uma suposta vedação à mera circunstância de "lucrar excessivamente, ultrapassando os limites do razoável para passar ao enriquecimento injustificado" (EHRHARDT JR., Marcos. *Revisão contratual*, cit., p. 99). Via de regra, o resultado (positivo ou negativo, em maior ou menor escala) auferido pelo agente econômico a partir de certa operação não constitui, *per se*, um elemento relevante para a aferição da legitimidade da avença contratual.

[282] Em crítica à proposição de redistribuição de riquezas pela via do direito contratual, afirma Pietro Perlingieri: "A contribuição fiscal é, portanto, instrumento de justiça social e de promoção civil; a atuação efetiva do art. 53 Const. [Constituição italiana] é pressuposto indispensável para a realização dos valores constitucionais, principalmente da justiça social e de um sistema eficiente de segurança social. Consistiria numa distorção do sistema pretender atribuir a função reequilibradora típica da justiça social, realizável mediante a contribuição fiscal, a intervenções ocasionais em esporádicas e individuais relações entre cidadãos e entre o mesmo cidadão e o Estado quando age *iure privatorum*" (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 48-49). O autor prossegue "Uma justiça distributiva não pode ser atuada mediante técnicas tradicionalmente privatísticas; estas, sendo conformes aos princípios fundamentais do ordenamento, devem estar prontas a sofrer um uso funcionalizado, mas sempre harmônico com o sistema, sem que lhes seja atribuído um uso distorcido para suprir as carências do aparato público e burocrático" (Ibid., p. 52). Também nessa linha crítica, v. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*, cit., p. 156.

[283] Semelhante conclusão é alcançada, na doutrina alemã, por LARENZ, Karl. *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*: die Bedeutung ‚veränderter Umstände' im Zivilrecht. München: C. H. Beck, 1951, p. 100.

prestacionais)[284] a cargo de cada uma das partes. Ao revés, a intervenção judicial pautada na implementação de uma certa relação de proporcionalidade afigura-se um relevante mecanismo de concretização de valores constitucionais como a isonomia substancial, a solidariedade social e a justiça social. A atuação desse mecanismo *corretivo* será legítima, então, quando algum fator concreto vinculado às pessoas envolvidas assim demandar.[285]

Sob esse prisma, pode-se vislumbrar nos dispositivos normativos tradicionalmente associados à tutela do dito equilíbrio contratual originário um esforço de concretização do ideal de intervenção *corretiva* em razão da necessidade de tutela da pessoa que declarou vontade em alguma situação de inferioridade.[286] Assim se verifica na disciplina que o Código Civil dispensa tanto à lesão quanto ao estado de perigo: no âmbito da lesão, o legislador alude a "uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência" (art. 157); no âmbito do estado de perigo, o legislador alude a "alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família" (art. 156). Tem-se, assim, circunstâncias pessoais (ou subjetivas, por assim dizer) que autorizam a intervenção judicial quando conjugadas a circunstâncias objetivas atinentes às prestações – "prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta" e "obrigação excessivamente onerosa", no âmbito da lesão e do estado de perigo, respectivamente.

O presente raciocínio permite compreender igualmente o esforço doutrinário de expansão das hipóteses de cabimento da configuração do *desequilíbrio* originário. Assim, a enunciação de um caráter exemplificativo dos elementos subjetivos necessários para a configuração da lesão e do estado de perigo nos termos dos arts. 157 e 156 do Código Civil (com o que se busca, por exemplo, admitir a configuração da lesão diante de acentuada dependência econômica)[287] pode ser entendida como uma decorrência do reconhecimento de

---

[284] Para o desenvolvimento da análise acerca da relevância da noção de *polos prestacionais* no âmbito da dogmática contratual, seja consentido remeter a SILVA, Rodrigo da Guia. Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido: repercussões da boa-fé objetiva sobre o sinalagma contratual. *Revista de Direito Privado*, vol. 78, p. 43-83, jun./2017, item 4.

[285] A menção às *pessoas*, longe de casual, pretende evidenciar a adoção da premissa metodológica atinente ao *giro conceitual do sujeito à pessoa*, com o que se pretende destacar a necessidade de consideração e de proteção da pessoa humana em suas concretas relações, rejeitando-se o excessivo formalismo que inspirou a consideração do *sujeito de direito* no modelo clássico. Imperiosa, ao propósito, a remissão a RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. [s.l.]: Editoriale Scientifica, 2007, *passim*. V., ainda, na doutrina brasileira, TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa*: estudos em homenagem ao Professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, *passim*.

[286] Assim conclui Teresa Negreiros ao analisar a disciplina da lesão: "Especificamente, interessa-nos olhar mais de perto o princípio que inspira a lesão, qual seja, o princípio do equilíbrio econômico e, em particular, seu mais imediato corolário: a proteção ao contratante débil" (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*, cit., p. 190). Em sentido semelhante, a correlacionar a disciplina da lesão à proteção do agente em situação de inferioridade negocial, v. KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial, cit., item 3.

[287] Como sustenta SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 93 e ss.

que a tábua axiológica constitucional reclama a tutela das vulnerabilidades em todo o iter contratual – inclusive em sua fase originária. A presente constatação não se confunde, como ora sustentado, com a existência de um suposto princípio orientado matematicamente pela busca por equivalência econômica entre as prestações; tal equivalência ou proporcionalidade constitui, quando pertinente, um instrumento para a concretização de um objetivo sistêmico de correção de tutela de vulnerabilidades e correção de iniquidades.[288]

Também no âmbito do Código de Defesa do Consumidor (CDC) se vislumbra a concretização desse raciocínio. Como se sabe, em que pese a menção textual a "equilíbrio" no contexto dos princípios regentes da Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4º, III, do CDC),[289] a disposição mais comumente associada a uma noção de equilíbrio contratual é aquela contida no art. 6º, V,[290] que, entre os direitos básicos do consumidor, assegura "a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas". Focando-se a atenção no plano originário da relação contratual, pode-se perceber que o diploma legal estabelece o direito à revisão a partir da conjugação de duas circunstâncias – uma objetiva (desproporcionalidade entre prestações, como indicado pelo inciso V do art. 6º) e outra subjetiva (a presença de um consumidor, como indicado pelo próprio *caput* do art. 6º). Semelhante conclusão pode ser enunciada a partir da análise dos enunciados normativos que buscam delimitar a noção de "desvantagem exagerada" para fins de configuração da cláusula abusiva cuja nulidade é cominada pelo art. 51, IV, do CDC.[291]

A consideração de uma parte inerente ou circunstancialmente *vulnerável* é justamente o fio condutor das previsões legais em comento.[292] Com efeito, o arcabouço protetivo do CDC

---

[288] Em sentido similar, a vincular a atuação *corretiva* ao controle dos *contratos com desigualdade de força negocial*, v. LINDAO, Indira Johana Díaz. El control del equilíbrio económico y originario del contrato, cit., p. 231 e ss.

[289] "O princípio do equilíbrio econômico do contrato vem disposto no art. 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, juntamente com o princípio da boa-fé objetiva" (SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor, cit., p. 312).

[290] Ao propósito, v., por todos, MATTIETTO, Leonardo. O princípio do equilíbrio contratual, cit., p. 185.

[291] A *desvantagem exagerada* é aludida pelo art. 51, IV, do CDC, *in verbis*: "Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade (...)". O § 1º do mesmo art. 51, por sua vez, chega a falar em *equilíbrio contratual* ao estabelecer *presunções* de vantagem exagerada: "§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou *equilíbrio contratual*; III - 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" (grifou-se).

[292] Em semelhante linha de sentido, afirma-se: "Inspirado, assim, na igualdade substancial, o princípio do equilíbrio econômico expressa a preocupação da nova teoria contratual com o contratante mais fraco, sendo certo que, diante do constatado desequilíbrio entre consumidores e fornecedores no mercado de consumo, a Lei nº 8.078/90 alçou a vulnerabilidade do consumidor à categoria de princípio do estatuto consumerista, na forma de

se orienta precipuamente pelo escopo de tutela de uma parte vulnerável no âmbito de relação travada com um fornecedor no mercado de consumo.[293] Tal vulnerabilidade, que pode ser ou bem presumida (como sói acontecer com a pessoa humana na qualidade de consumidora)[294] ou bem demonstrada em concreto (como se costuma exigir, à luz da doutrina do finalismo mitigado, para a qualificação de uma pessoa jurídica como consumidora a ser protegida pelo CDC),[295] aparece como uma constante na disciplina protetiva em comento.[296]

O recurso à noção de vulnerabilidade se situa no âmbito do esforço geral (não restrito à seara consumerista, portanto) de "(...) tentar adequar a dogmática tradicional do direito privado à ordem constitucional que privilegia a pessoa humana, no sentido da

---

seu artigo 4º" (SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor: para um cotejo com o Código Civil, cit., p. 314). Reconhece-se, assim, que o Código de Defesa do Consumidor "configura um mecanismo de efetivação da sistemática constitucional sobre um tipo de relação concretamente diferenciado, caracterizado pela vulnerabilidade de uma das partes" (KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição, cit., p. 227).

[293] Não por acaso, a doutrina especializada afirma contundentemente: "A existência do direito do consumidor justifica-se pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor. É esta vulnerabilidade que determina ao direito que se ocupe da proteção do consumidor" (MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 128).

[294] Imperioso rememorar, a esse respeito, a menção do Código de Defesa do Consumidor à vulnerabilidade do consumidor no bojo da enunciação dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo: "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: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (...)".

[295] "(...) os finalistas evoluíram para uma posição mais branda, se bem que sempre teleológica, aceitando a possibilidade de o Judiciário, reconhecendo a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou profissional, que adquiriu, por exemplo, um produto fora de seu campo de especialidade, interpretar o art. 2º [do CDC] de acordo com o fim da norma, isto é, proteção ao mais fraco na relação de consumo, e conceder a aplicação das normas especiais do CDC, analogicamente, também a estes profissionais" (MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 116). A ilustrar o acolhimento desse raciocínio pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, veja-se: "A pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora (art. 29 do CDC), por ostentar, frente ao fornecedor, alguma vulnerabilidade que, frise-se, é o princípio-motor da política nacional das relações de consumo (art. 4º, I, do CDC). Aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, processo denominando pela doutrina como finalismo aprofundado" (STJ, AgRg no AREsp 735.249/SC, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 15/12/2015). V., ainda, STJ, AgInt no REsp 1.805.350/DF, 3ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 14/10/2019; STJ, AgInt no AREsp 383.168/RJ, 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julg. 24/9/2019; e STJ, AgInt nos EDcl no AREsp 1.137.152/SP, 4ª T., Rel. Min. Raul Araújo, julg. 2/4/2019.

[296] "Se analisamos o Código de Defesa do Consumidor como sistema, como contexto construído, codificado, organizado de identificação do sujeito beneficiado, veremos que o Código de Defesa do Consumidor brasileiro não é um Código de 'consumo', como a consolidação legal francesa, nem é uma lei geral, que contém dentro de si normas especiais protetivas para a proteção dos mais fracos ou consumidores como o BGB Reformado. O Código de Defesa do Consumidor brasileiro concentra-se no sujeito de direitos (e não em atos de consumo), visa proteger este sujeito identificado constitucionalmente como vulnerável e especial, sistematiza suas normas a partir desta idéia básica de proteção de apenas um sujeito 'diferente' da sociedade de consumo: o consumidor" (MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 51, p. 34-67, jul.-set./2004, item 3.1).

despatrimonialização do direito civil, rumo a uma sociedade mais livre, justa e solidária".[297] Em que pese a ausência de definição estrita, parece possível destacar um relevante aspecto subjacente às formulações teóricas sobre a vulnerabilidade, qual seja: o reconhecimento de que a concretização da tábua axiológica constitucional não se pode perfazer sem a efetiva proteção da pessoa em suas concretas relações (superada, portanto, a categoria abstrata do sujeito de direito).[298]

O intérprete-aplicador do direito atento às vulnerabilidades das partes posta-se, portanto, um passo mais próximo de se desincumbir da sua responsabilidade de promover a vasta e complexa gama de valores tutelados pelo ordenamento jurídico.[299] Desse modo, a consideração das referidas vulnerabilidades traduz relevante mecanismo de concretização de valores como a dignidade humana, a igualdade substancial,[300] a solidariedade social e a justiça social.[301] A própria configuração do Estado do Bem-Estar Social, em oposição ao Estado

---

[297] KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial, cit., item 1.

[298] "No 'mundo social', impera a diferença entre aqueles que são ontologicamente iguais. Todos os humanos são, por natureza, vulneráveis, visto que todos os seres humanos são passíveis de serem feridos, atingidos em seu complexo psicofísico. Mas nem todos serão atingidos do mesmo modo, ainda que se encontrem em situações idênticas, em razão de circunstâncias pessoais, que agravam o estado de suscetibilidade que lhes é inerente. Embora em princípio iguais, os humanos se revelam diferentes no que respeita à vulnerabilidade. É preciso, portanto, indagar quais os significados da vulnerabilidade, e quais as circunstâncias que podem agravá-la" (BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coords.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 107). A autora prossegue: "Na verdade, o conceito de vulnerabilidade (...) refere-se a qualquer ser vivo, sem distinção, que pode, eventualmente, ser 'vulnerado' em situações contingenciais. Trata-se, portanto, de característica ontológica de todos os seres vivos. Determinados seres vivos são circunstancialmente afetados, fragilizados, desamparados ou vulnerados" (BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado, cit., p. 110). Na seara contratual, tal raciocínio conduz ao reconhecimento de que "[o] contrato passa a ser caracterizado pela crescente relatividade à pessoa concreta, que não se conforma com figuras abstratamente definidas em modelos teóricos impostos a todas as situações negociais" (EHRHARDT JR., Marcos. *Revisão contratual*, cit., p. 59).

[299] "A legalidade constitucional requer a compreensão unitária do sistema jurídico, na qual liberdade e solidariedade possam andar de mãos juntas e a tutela das vulnerabilidades sirva efetivamente de instrumento para o alcance da igualdade" (TEPEDINO, Gustavo. Direito civil e proteção das vulnerabilidades. Editorial à *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 7, p. 1-8, jan.-mar./2016, p. 8).

[300] "A vulnerabilidade como categoria jurídica insere-se em um grupo mais amplo de mecanismos de intervenção reequilibradora do ordenamento, com o objetivo de, para além da igualdade formal, realizar efetivamente uma igualdade substancial" (KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial, cit., item 2). A correlacionar tutela das vulnerabilidades e isonomia substancial nas searas existencial e patrimonial, afirma-se: "A dignidade da pessoa humana concretiza-se na cláusula geral de tutela da pessoa humana. A efetivação dessa cláusula, em qualquer caso, deve levar em conta a vulnerabilidade inerente às pessoas humanas e as diferenças existentes entre elas, para que se possa obter, o quanto possível, a igualdade substancial. A proteção que lhes é assegurada deve dar-se integralmente, em todas as situações, existenciais ou patrimoniais, de modo a contemplar todas e cada uma de suas manifestações" (BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado, cit., p. 108).

[301] "A admissão da vulnerabilidade como categoria jurídica do direito contratual importa giro copernicano, que desafia a concepção liberal da autonomia privada, máxime em tempos de grave crise financeira mundial (...). A vulnerabilidade do contratante é fruto do Estado social, do século XX, com suas promessas de realização da justiça social e redução das desigualdades sociais, que no Brasil projetaram-se nas Constituições de 1934 a 1988, especialmente nesta" (LÔBO, Paulo. Contratante vulnerável e autonomia privada, cit., p. 159).

liberal clássico, demanda essa intervenção protetiva,[302] pautada em uma lógica que já se referiu por *desigualdade positiva*, com o que se pretende aludir à intervenção do Estado no sentido de conferir tratamento diferenciado às pessoas situadas em posição de desigualdade fática.[303]

No específico âmbito dos contratos, parece possível entender a vulnerabilidade como a situação de determinada pessoa que se encontra em posição de inferioridade negocial e que, portanto, demanda tutela especial.[304] Essa inferioridade pode estar relacionada a um sem número de fatores sociais e/ou econômicos, tais como a assimetria de informações,[305] a ausência ou excessiva restrição de poder de barganha (como presumivelmente acontece em

[302] A correlacionar o ideal de proteção da parte mais fraca da relação com a passagem histórica do Estado Liberal clássico para o Estado do Bem-Estar Social, veja-se a lição de Carlos Nelson Konder: "A virada do século XX, com o colapso econômico do Estado liberal e a ascensão do modelo do *Welfare State*, modifica esse cenário. A igualdade substancial desponta como fundamento para a multiplicação das hipóteses de intervenção jurídica reequilibradora das relações privadas. Reconhece-se a insuficiência do paradigma voluntarista da liberdade formal, eis que contratantes em posição de inferioridade econômica, premidos por suas necessidades, eram levados a celebrar contratos desvantajosos, cabendo ao ordenamento, independente ou mesmo contra a vontade das partes, intervir para proteger a parte mais fraca da relação. A regulamentação do contrato de trabalho é ilustrativa dessa transformação" (KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial, cit., item 3). Também a ilustrar que a passagem do Estado liberal clássico para o Estado do Bem-Estar Social se acompanhou de uma preocupação com a proteção da parte mais fraca da relação, v. RAISER, Ludwig. La libertà contrattuale oggi, cit., p. 57. Para o desenvolvimento da análise da transformação do sentido de intervencionismo nas relações jurídicas na transição do século XIX para o século XX, remete-se, por fim, a RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Relações privadas, dirigismo contratual e relações trabalhistas, cit., p. 98-99.

[303] "Na esteira desses apontamentos, verifica-se no direito do trabalho a introjeção desse verdadeiro valor constitucional, identificando na tomada da mão de obra como mercadoria relação jurídica na qual a desigualdade aponta como elemento essencial. Importa à regulação jurídica, a partir desse reconhecimento, atuação positiva de proteção do trabalhador, como critério de equilíbrio solidário das relações atenciosas à marcação da dignidade da pessoa. Já no direito civil, a isonomia substancial principia de uma pressuposta igualdade que vai sendo filtrada, à luz do caso concreto, para atingir a justiça nas relações interprivadas. Nessa seara, o movimento de constitucionalização que se capilariza pelo direito privado, valida essa mesma desigualdade positiva, reconhecendo como necessária a construção não apenas formal, mas também interpretativa da norma em favor da concretização da igualdade. A superação do individualismo moderno trouxe às relações jurídicas mediadas pelo Direito Civil o reconhecimento positivo das desigualdades" (FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Normas trabalhistas na legalidade constitucional: princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da isonomia substancial. In: TEPEDINO, Gustavo *et alii* (Coords.). *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 33).

[304] Assim conclui Marcelo Calixto em passagem que, embora situada no âmbito da investigação da vulnerabilidade do consumidor, parece passível de extensão à generalidade das relações contratuais: "Em vista das situações descritas é de ser considerado inegável que um dos sujeitos da contemporânea sociedade de consumo, aquele que não detém o controle dos bens de produção, encontra-se em posição de evidente inferioridade frente ao outro sujeito. Assim, necessário que o direito preveja mecanismos para a redução das desigualdades e proteção desta parte mais fraca, mais vulnerável, na relação de consumo que se estabelece entre fornecedor de produtos ou serviços de um lado e consumidor destes mesmos produtos ou serviços do outro" (CALIXTO, Marcelo Junqueira. O princípio da vulnerabilidade do consumidor. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 317).

[305] No que tange à associação entre vulnerabilidade e assimetria de informações, v., entre outros, SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. Livre-arbítrio e responsabilidade civil: da vulnerabilidade do consumidor às estratégias da indústria tabagista. In: ROSENVALD, Nelson; DRESCH, Rafael de Freitas Valle; WESENDONCK, Tula. *Responsabilidade civil*: novos riscos. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 244 e ss.

contratos de adesão),[306] a subordinação face ao poder econômico (como ocorre, por exemplo, nas hipóteses de monopólios e oligopólios),[307] a dependência econômica[308] (pense-se na situação da maioria dos trabalhadores face aos seus empregadores,[309] ou mesmo na situação do franqueado face ao franqueador e na situação do locatário em imóvel residencial face ao locador)[310] ou, ainda, a hipossuficiência econômica.[311]

---

[306] No que tange à possível correlação entre vulnerabilidade e ausência de poder de barganha, v., por todos, KONDER, Carlos Nelson; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. O equilíbrio contratual nas locações em *shopping center*, cit., p. 179; e LÔBO, Paulo. Contratante vulnerável e autonomia privada, cit., p. 160. Para uma análise da situação especificamente no âmbito dos contratos de adesão, v., por todos, COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours élémentaire de droit civil français*. *Tome Deuxième*, cit., p. 257 e ss.

[307] A identificar o *poder econômico* como uma das imperfeições do liberalismo clássico constatadas na passagem do século XIX para o século XX, veja-se a lição de Eros Grau: "Inicialmente as imperfeições do liberalismo, bem evidenciadas na passagem do século XIX para o século XX e nas primeiras décadas deste último, associadas à incapacidade de autorregulação dos mercados, conduziram à atribuição de novas funções ao Estado. À idealização de liberdade, igualdade e fraternidade se contrapôs a realidade do poder econômico" (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, cit., p. 21). O autor prossegue: "A pretexto de defesa da concorrência haviam sido suprimidas as corporações de ofício, mas isso ensejou, em substituição do domínio pela tradição, a hegemonia do capital. A liberdade econômica, porque abria campo às manifestações do poder econômico, levou à supressão da concorrência. (...) O modelo clássico de mercado ignorava e recusava a ideia de poder econômico. Na práxis, todavia, os defensores do poder econômico, porque plenamente conscientes de sua capacidade de dominação, atuando a largas braçadas sob a égide de um princípio sem princípios – o princípio do livre mercado –, passaram e desde então permanecem a controlar os mercados" (Ibid., p. 21). Em sentido similar, a apontar as mazelas do que denomina "abuso da liberdade implementado mediante o poder econômico" ("*abuso della libertà attuato tramite il potere economico*", no original), v. RAISER, Ludwig. La libertà contrattuale oggi, cit., p. 63 e ss.

[308] A doutrina adverte quanto à necessidade de "certificar se há uma dependência de uma parte em relação a outra. Isso faz com que uma parte se torne vulnerável" (NEVES, José Roberto de Castro. *Teoria geral dos contratos*, cit., p. 36). Para o desenvolvimento da análise da tendência de regulação destinada a coibir o abuso da dependência econômica, v., na doutrina brasileira, KONDER, Carlos Nelson; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. O equilíbrio contratual nas locações em *shopping center*, cit., p. 183; e, na doutrina italiana, COLANGELO, Giuseppe. L'abuso di dipendenza econômica. In: ALPA, Guido Alpa; CAPILLI, Giovanna (*raccolte da*). *Lezioni di diritto privato europeo*. Padova: CEDAM, 2007, *passim*. A possível correlação entre vulnerabilidade e dependência econômica se colhe também da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: "A despeito da identificação *in abstrato* dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, *a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade* legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora" (STJ, REsp 1.195.642/RJ, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 13/11/2012. Grifou-se).

[309] No que tange à proeminência do direito do trabalho como modelo de proteção a uma parte mais fraca na relação, em concretização do imperativo constitucional de isonomia substancial, v. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Relações privadas, dirigismo contratual e relações trabalhistas, cit., p. 100-101.

[310] Ao propósito da situação do locatário, v., por todos, BESSONE, Darcy. *Do contrato*: teoria geral, cit., p. 42.

[311] A diferenciar as noções de vulnerabilidade e de hipossuficiência (sobretudo, a econômica), veja-se a lição de Paulo Lôbo: "A vulnerabilidade, sob o ponto de vista jurídico, é o reconhecimento pelo direito de que determinadas posições contratuais, nas quais se inserem as pessoas, são merecedoras de proteção. Não se confunde com a hipossuficiência, que é conceito eminentemente econômico ou conceito jurídico fundado na insuficiência das condições econômicas pessoais. De maneira geral, os juridicamente vulneráveis são hipossuficientes, mas nem sempre essa relação existe. A vulnerabilidade jurídica pode radicar na desigualdade do domínio das informações, para que o interessado em algum bem ou serviço possa exercer sua escolha, como ocorre com o consumidor; pode estar fundada na impossibilidade de exercer escolhas negociais, como ocorre com o aderente em contrato de adesão a condições gerais" (LÔBO, Paulo. Contratante vulnerável e autonomia privada, cit., p. 162). Para um desenvolvimento do esforço de identificação das convergências e divergências

Exportando-se a noção de vulnerabilidade para a compreensão geral do direito dos contratos, pode-se identificar precisamente a *vulnerabilidade contratual* como a noção mais adequada a desempenhar o papel de fundamentar (e de modular) a intervenção corretiva nas relações privadas, evitando-se o que já se referiu por "banalização do dirigismo contratual".[312] Legitimar-se-ia (e impor-se-ia), assim, a intervenção estatal para a proteção dos contratantes porventura reputados, à luz das circunstâncias do caso concreto, vulneráveis.[313]

Analisando-se a questão sob outra perspectiva, pode-se afirmar que a vulnerabilidade contratual é um relevante índice para a definição do concreto espaço a ser atribuído à própria liberdade contratual.[314] A vulnerabilidade não há de ser, por certo, o único índice,[315] porém deve desempenhar relevante papel na conformação da liberdade conferida pelo ordenamento aos particulares em matéria contratual. Em consequência desse raciocínio, parece possível afirmar que o alcance da liberdade contratual tende a ser inversamente proporcional à extensão (ou à gravidade) da vulnerabilidade do figurante. Desse modo, quanto mais acentuada a vulnerabilidade de uma das partes na concreta relação, menor será o grau de autonomia deferido às partes e maior será a necessidade de intervenção corretiva.

---

entre os conceitos de vulnerabilidade e de hipossuficiência, remete-se, ainda, a CALIXTO, Marcelo Junqueira. O princípio da vulnerabilidade do consumidor, cit., p. 325 e ss.

[312] A advertência remonta à lição de Gustavo Tepedino: "O respeito às alocações de riscos nas relações patrimoniais privadas mostra-se imperativo, enaltecendo-se assim sua distinção em face da tutela a ser conferida às relações existenciais e à redução das vulnerabilidades. Neste caso, a promoção da pessoa humana, da sua dignidade e da solidariedade social justificam a maior interferência do Judiciário e a preocupação do intérprete para a equalização das relações jurídicas. Essa diferenciação afigura-se indispensável para que se evite a banalização do dirigismo contratual, promovendo-se, em contrapartida, a liberdade econômica e a harmonização dos diversos interesses merecedores de tutela na legalidade constitucional" (TEPEDINO, Gustavo. Autonomia privada e cláusulas limitativas de responsabilidade. Editorial à *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte, v. 23, p. 11-13, jan.-mar./2020, p. 12-13).

[313] "A intervenção do Estado nas relações econômicas privadas, que caracteriza profundamente o Estado social, tem sob foco principal o contrato como instrumento jurídico por excelência da circulação dos valores e titularidades econômicos, e precisamente da proteção dos figurantes mais fracos ou vulneráveis" (LÔBO, Paulo. Contratante vulnerável e autonomia privada, cit., p. 159-160).

[314] "Novamente, a oxigenação da hermenêutica contratual por parte dos princípios inspirados na solidariedade social impõe a retirada do contrato do plano abstrato e o exame minucioso da relação efetivamente estabelecida entre as partes. Não se trata de proteger a liberdade formal do contratante ideal, mas de efetivar a tutela do contratante concreto, em atendimento à proteção prioritária de sua dignidade. Assim, reconhecida a desigualdade fática entre os contratantes, a imposição, pelo direito, de uma relação equilibrada envolve assegurar proteção diferenciada à parte mais frágil. O princípio da dignidade da pessoa humana, nessa esfera, exige a tutela daquele que, ao contratar, encontra-se em situação de vulnerabilidade, cujo principal exemplo – embora não seja o único, destaque-se – é o das relações de consumo" (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Contratos: Teoria Geral. In: TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Volume 3: Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 53).

[315] A título meramente ilustrativo de outros possíveis índices relevantes, pense-se no paradigma da essencialidade – a pugnar pela diferenciação dos contratos conforme a natureza essencial, útil ou supérflua do bem contratado (como sustenta NEGREIROS, NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*, cit., p. 203-204) – e no princípio da função social do contrato – a sinalizar para a necessidade de consideração de interesses socialmente relevantes (ao propósito, v., por todos, KONDER, Carlos Nelson. Para além da "principialização" da função social do contrato, cit., p. 55 e ss.).

Uma tal compreensão da vulnerabilidade contratual vai ao encontro do propósito identificado pela já referida expressão *materialização da liberdade contratual* (v. item 1.2, *supra*), pois somente a correção das desigualdades fáticas comprometedoras da simetria negocial pode propiciar o exercício de uma autêntica liberdade no direito dos contratos. O recurso à chave conceitual da vulnerabilidade afasta, assim, os riscos que poderiam advir da hegemonia do arbítrio de um contratante em detrimento da sua contraparte.[316] Trata-se, em suma, de reconhecer que, a despeito da isonomia formal legalmente proclamada, pode haver uma disparidade fático-econômica idônea a comprometer o efetivo exercício da liberdade contratual e propiciar a transformação dessa liberdade em "tirania".[317]

Afigura-se igualmente possível, por certo, que não haja vulnerabilidade nem outros fatores a legitimar uma intervenção pretensamente corretiva, hipóteses em que será de se esperar deferência ao programa contratual entabulado pelas partes em legítimo exercício de autonomia privada.[318] Assim, se após a implementação de todo o complexo juízo valorativo que há de incidir sobre o contrato vier a se concluir pela legitimidade do concreto exercício da liberdade contratual, redobrada cautela haver-se-á de se dedicar ao estudo de eventual ideal de justiça contratual pautado em critérios externos à vontade das partes.[319]

---

[316] Tal receio é destacado, entre outros, por SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 65.

[317] "Efetivamente, em muitas oportunidades, a liberdade de contratar é apenas teórica. Nas relações entre o empregador e o empregado, este, em regra, terá de optar entre a dura lei do patrão e o desemprego, com todas as suas consequências. Na locação de prédio, quando haja crise de habitações, o inquilino cederá às exigências do proprietário, ainda que desproporcionadas. Na aquisição de gêneros alimentícios e utilidades em geral, o comerciante imporá o preço sempre que houver falta no mercado. No mútuo, o mutuário, de ordinário, deixar-se-á explorar, premido por invencíveis dificuldades do momento. Nos contratos com poderosas organizações de transporte e fornecimento de luz, água, gás, telefone, a clientela dispersa não terá meios de se resguardar de condições porventura demasiado rigorosas. Em todos estes casos, como em muitos outros, a liberdade será de um só dos contratantes e facilmente se transformará em tirania" (BESSONE, Darcy. *Do contrato*: teoria geral, cit., p. 42).

[318] Em semelhante linha de sentido, a esclarecer que diante da efetiva e concreta simetria negocial não se justifica uma intervenção corretiva, v. LÔBO, Paulo. Contratante vulnerável e autonomia privada, cit., p. 162.

[319] Em semelhante linha de sentido, a sustentar que, via de regra, o foco da atenção deve estar na *liberdade contratual efetiva/material* (e não na *justiça contratual procedimental/formal*), veja-se a lição de Claus-Wilhelm Canaris: "Por outro lado, também é de grande significado o fato de que existe uma específica (ainda que insolúvel) conexão entre justiça contratual formal, i.e., procedimental, e liberdade contratual material. Isso porque somente se as decisões das partes contratantes forem livres não apenas em sentido jurídico, mas também em sentido de fato, a máxima *volenti non fit iniuria* pode desenvolver todo o seu poder de persuasão. Uma 'materialização' da liberdade contratual no sentido de uma melhoria da factual liberdade de escolha, portanto, geralmente serve ao mesmo tempo à justiça contratual formal, i.e., procedimental, e produz adicionalmente, com isso, dignidade" (CANARIS, Claus-Wilhelm. Wandlungen des Schuldvertragsrechts, cit., p. 286-287). O autor prossegue: "Diversamente, uma 'materialização' da justiça contratual é muito mais delicada, pois está sujeita, de antemão, à dupla ponderação de que ela é sobrecarregada por uma grande incerteza de conteúdo e, além disso, pode facilmente entrar em conflito com o *ethos* de liberdade da sociedade pluralista e 'aberta'" (Ibid., p. 287). E arremata: "Além do mais, não deve ser exagerada a oposição entre justiça contratual formal e material" (Ibid., p. 287). Tradução livre do original: "*Andererseits ist aber auch von größter Bedeutung, dass es einen spezifischen, ja unlösbaren Zusammenhang zwischen formaler, d.h. prozeduraler Vertragsgerechtigkeit und materialer Vertragsfreiheit gibt. Denn nur wenn die Entscheidungen der Vertragsparteien nicht lediglich in rechtlicher, sondern grundsätzlich auch in tatsächlicher Hinsicht frei sind, kann die Maxime* volenti non fit iniuria *ihre volle*

Da aparente simplicidade do quanto exposto poder-se-ia extrair uma recomendação geral: do intérprete-aplicador do direito na seara contratual espera-se, à luz da ordem constitucional brasileira, que não descuide nem da *coragem* nem da *prudência* no tratamento das relações contratuais. Por um lado, a virtude da *coragem* há de se destacar quando uma vulnerabilidade na concreta relação jurídica constituir obstáculo fático à promoção dos valores tutelados pelo ordenamento. Por outro lado, a virtude da *prudência* há de se destacar quando não houver vulnerabilidade a demandar uma intervenção no regulamento contratual, ainda que se esteja diante de contrato posteriormente considerado desvantajoso, do ponto de vista econômico, para uma das partes.[320] Afinal, o direito não protege o contratante, pura e simplesmente, contra maus negócios.

Qualquer que venha a ser a conclusão do raciocínio, faz-se imperioso reconhecer a imprescindibilidade da análise material da situação dos figurantes no âmbito de cada relação contratual concretamente considerada.[321] Apenas uma tal sorte de análise propicia a adequada investigação acerca de eventual vulnerabilidade contratual de alguma das partes. Essa indispensabilidade da análise das circunstâncias concretas da relação deve conduzir o intérprete, na sequência do raciocínio, à adoção de cautela para o enfrentamento de previsões legais que se destinem a estabelecer *presunções*[322] quanto à situação subjetiva dos contratantes – e, por via de consequência, quanto ao tratamento a lhes ser dispensado.

Überzeugungskraft entfalten. Eine ‚Materialisierung' der Vertragsfreiheit im Sinne einer Verbesserung der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit dient daher in aller Regel zugleich der formalen, d.h. prozeduralen Vertragsgerechtigkeit und gewinnt dadurch zusätzliche Dignität"; "*Dagegen ist eine ‚Materialisierung' der Vertragsgerechtigkeit weitaus heikler, ist diese doch von vornherein dem doppelten Bedenken ausgesetzt, daß sie meist mit hoher inhaltlicher Unsicherheit belastet ist und überdies leicht in Kollision mit dem Freiheitsethos der pluralistischen und ‚offenen' Gesellschaft geraten kann*"; "*Im übrigen darf der Gegensatz zwischen formaler und materialer Gerechtigkeit freilich nicht überspitzt werden*".

[320] A partir de semelhante ordem de preocupação, Louis Josserand formula crítica enfática ao que considera exageros do dirigismo contratual: "É tempo para que o direito, situado entre o polo moral e aquele econômico, impulsionado ora em direção a um, ora em direção ao outro, chegue a um ponto de estabilização. Não se estará longe disso se for novamente posto em honra o dogma da palavra dada. É nessa direção que convém orientar o dirigismo contratual: socialização do contrato, sim; anarquia contratual, não" (JOSSERAND, Louis. Considerazioni sul contratto "regolato", cit., p. 21). Tradução livre do original: "*È tempo che il diritto, situato tra il polo morale e quello economico, spinto ora verso uno ora verso l'altro, giunga ad un punto di stabilizzazione. Non si sarà lontani da questo se verrà nuovamente posto in onore il dogma della parola data. È in questa direzione che conviene orientare il 'direttivismo' contrattuale: socializzazione del contrato, sì; anarchia contrattuale, no*". Em sentido semelhante, v., do mesmo autor, JOSSERAND, Louis. La "publicisation" du contrat. In: *Introduction a l'étude du droit comparé*: recueil d'etudes en l'honneur d'Edouard Lambert. *Cinquième Partie*: Le droit comparé comme science sociale. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1938. Reimpressão. *Introduction a l'étude du droit comparé*: recueil d'etudes en l'honneur d'Edouard Lambert. *Tome III*. Glaushütten im Taunus: Detlev Auvermann, 1973, p. 158.

[321] Em sentido similar, afirma-se: "*(...) salvo raras excepciones, no basta com esse substantivo desequilíbrio, sino que se requiere que una de las partes este em situación de inferioridade com respecto a la outra, determinando, latamente, que podamos hablar de contratos no paritarios*" (BLENGIO, Juan E. ¿Hacia uma contratación más equilibrada y justa?, cit., p. 173).

[322] Para uma análise acerca do sentido técnico de *presunção*, v. TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos do direito civil*. Volume 1: teoria geral do direito civil. 3. ed., cit., p. 266-267.

Tais presunções podem enunciar, no que importa ao presente raciocínio, ou bem a vulnerabilidade de um dos contratantes, ou bem a simetria da relação contratual formada. A presunção de vulnerabilidade consiste, com efeito, em manifestação recorrente no âmbito dos diplomas deliberadamente destinados à proteção de um contratante *presumidamente* mais fraco.[323] Exemplo mais emblemático dessa tendência legislativa é o Código de Defesa do Consumidor, que, como já mencionado, estabelece o "reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo" como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4º, I), o que é entendido pela doutrina especializada no sentido do estabelecimento da presunção de vulnerabilidade do consumidor.[324] A "presunção legal absoluta"[325] de vulnerabilidade tem sido restringida às pessoas humanas, exigindo-se, para a qualificação de uma pessoa jurídica como consumidora, a demonstração de uma concreta vulnerabilidade, consoante apregoado pela já mencionada doutrina do finalismo mitigado.

Nada obstante essa acertada delimitação, não se afigura de todo desaconselhável um olhar parcimonioso no que diz respeito às consequências jurídicas a serem deflagradas por eventual presunção de vulnerabilidade – consequências essas que constituem justamente o porquê da relevância do prisma da vulnerabilidade na doutrina contemporânea. Deve-se evitar, enfim, que à vulnerabilidade seja atribuído um caráter formalista e abstrato que

---

[323] Paulo Lôbo relata o histórico de presunção da vulnerabilidade de certos contratantes: "No Brasil, ao longo do século passado, o direito passou a presumir a vulnerabilidade de determinados figurantes, merecedores de proteção legal e de consequente restrição do âmbito de autonomia provada, quando esta é instrumento de exercício de poder do outro figurante (ou parte contratual). Assim, emergiram os protagonismos do mutuário, com vedação dos juros usurários (...), do inquilino comercial (...) e do promitente comprador de imóveis loteados (...), na década de 30; do trabalhador assalariado (...), na década de 40; do inquilino residencial (...) e do contratante rural (...), na década de 60; dos titulares de direitos autorais (...), na década de 70; do consumidor (...), na década de 90; do aderente em contrato de adesão (...), na primeira década do século XXI" (LÔBO, Paulo. Contratante vulnerável e autonomia privada, cit., p. 160). O autor prossegue: "Algumas dessas vulnerabilidades reclamaram tal grau de intervenção legal que se converteram em ramos autônomos do direito, a exemplo do direito do trabalho, do direito agrário e do direito do consumidor. (...) Esses direitos contratuais especiais têm em comum a forte presença da intervenção legislativa e da consequente limitação da autonomia privada" (Ibid., p. 160).

[324][324] "Defendemos que, em face do art. 2º do CDC e do art. 4º, I, desta Lei especial, milita uma presunção de vulnerabilidade para as pessoas físicas destinatárias finais do serviço e do produto" (MARQUES, Claudia Lima. Artigo 4º [verbete]. In: MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 262).

[325] "A vulnerabilidade do consumidor constitui presunção legal absoluta, que informa se as normas do direito do consumidor devem ser aplicadas e como devem ser aplicadas. Há na sociedade atual o desequilíbrio entre dois agentes econômicos, consumidor e fornecedor, nas relações jurídicas que estabelecem entre si. O reconhecimento desta situação pelo direito é que fundamenta a existência de regras especiais, uma lei *ratione personae* de proteção do sujeito mais fraco da relação de consumo" (MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, cit., p. 128).

findaria por desnaturar a própria maleabilidade com que a doutrina empenhadamente desenvolve a categoria em comento.[326]

Afigura-se ainda mais relevante, de qualquer modo, rechaçar-se o raciocínio que poderia advir de uma interpretação *a contrario sensu*, como se da ausência de presunção de vulnerabilidade se devesse depreender, *tout court*, a constatação de uma simetria absoluta. Muito ao revés, as presunções legais de vulnerabilidade não excluem a possibilidade (*rectius*: necessidade) de investigação da vulnerabilidade dos contratantes em cada caso concreto. Essa análise concreta constitui, aliás, a própria razão de ser da importância da categoria da vulnerabilidade contratual para a promoção da tábua axiológica constitucional.[327]

A cautela há de ser redobrada, porém, quando se estiver diante de dispositivos direcionados ao estabelecimento de *presunções de simetria*. O intérprete-aplicador do direito comprometido com a concretização da tábua axiológica constitucional não se pode considerar eximido do dever de consideração (e de tutela) das vulnerabilidades contratuais pela mera razão de o legislador ordinário haver enunciado a presunção de simetria de determinada relação. Somente a análise do caso concreto, à luz de todas as suas vicissitudes, poderá conduzir à conclusão quanto à existência ou não de vulnerabilidade a demandar uma intervenção corretiva.[328]

A Lei da Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019), curiosamente, fornece bons exemplos dos riscos de ambas as presunções aludidas – tanto a presunção de vulnerabilidade

---

[326] Assim, por exemplo, não se deve atribuir à noção de *hipervulnerabilidade* ou *vulnerabilidade agravada* – de utilização crescente, sobretudo na doutrina consumerista (v., por todos, SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis*: a proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Atlas, 2014, *passim*) – contornos tão abstratos e formalistas que impeçam o reconhecimento da pluralidade de manifestações possíveis da categoria fundamental da *vulnerabilidade*. Afinal, se é verdade que a noção de hipervulnerabilidade, por um lado, tem o mérito de destacar a importância de constante adequação dos mecanismos de tutela à luz das necessidades das pessoas em situação de vulnerabilidade, parece igualmente verdade que, de outra parte, em alguma medida renova o risco de que o intérprete se limite a uma análise abstrata e formalista, o que seria de todo incompatível com o caráter concreto do imperativo de tutela das vulnerabilidades. Exatamente nesse sentido, adverte-se, no âmbito de análise a respeito do conceito de hipervulnerabilidade: "(...) observou-se que a criação sucessiva de novas categorias pode gerar círculo vicioso, ensejando outro processo de banalização do termo [vulnerabilidade], bem como o encarceramento da tutela da pessoa humana em modelos típicos ou categorias predeterminadas" (KONDER, Carlos Nelson; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. O conceito jurídico de hipervulnerabilidade é necessário para o direito?. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). *Gênero, vulnerabilidade e autonomia*: repercussões jurídicas. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 100).

[327] "A substituição do sujeito de direito abstrato e neutro pela pessoa humana concretamente considerada demanda disciplina emancipatória, que atente para o respeito à diferença e para as múltiplas facetas da vulnerabilidade. Essa pluralidade de matizes de proteção da pessoa atrai a incidência de diversas normas, que precisam ser compatibilizadas na realização do projeto constitucional" (OLIVA, Milena Donato. Desafios contemporâneos da proteção do consumidor: codificação e pluralidade de fontes normativas. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 16, p. 15-33, abr.-jun./2018, p. 20).

[328] A partir de semelhante preocupação, já se pôde destacar, na seara da incapacidade civil, a necessidade de atenção ao "imperativo de tutela da pessoa em sua concreta vulnerabilidade" (SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das incapacidades. *Civilisitica.com*, a. 5, n. 1, p. 1-37, 2016, p. 3).

quanto a presunção de simetria. Importando-se, então, as precedentes advertências ao específico contexto da Lei da Liberdade Econômica, faz-se possível aventar algumas balizas interpretativas. De uma parte, a menção, entre os princípios regentes da lei, ao "reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado" (art. 2º, IV)[329] não deve acarretar a aplicação de toda e qualquer norma que possa, em tese, vir a favorecer o particular. A tutela há de ser deferida, isso sim, à luz da concreta necessidade porventura apurada em cada caso concreto. De outra parte, a previsão constante do *caput* do ora criado art. 421-A do Código Civil ("Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção")[330] não deve acarretar automaticamente o afastamento ou a redução da importância de se investigar adequadamente a existência ou não de alguma vulnerabilidade de qualquer dos contratantes concretamente considerados.

Não se pretende, em suma, esboçar uma crítica que ignore os possíveis méritos do aludido diploma legal. Pode-se lhe atribuir, por exemplo, o mérito de chamar a atenção para a inadequação de certas formas de intervenção em relações contratuais que não envolvam vulnerabilidades. Tal circunstância pode ser associada, por exemplo, ao esforço do legislador de, conquanto pontualmente, resguardar os "direitos do consumidor" do âmbito de incidência da liberdade de fixação de preços (art. 3º, III e § 3º, II).[331] Por outro lado, sem tampouco se descuidar da análise crítica, há de se reconhecer – repita-se à exaustão – que somente a análise de cada concreta relação contratual à luz da axiologia do inteiro ordenamento jurídico permite concluir pela necessidade ou não de alguma atuação corretiva. O diploma legal evidencia, em suma, os riscos do tratamento abstrato de uma matéria essencialmente tão concreta como a tutela das vulnerabilidades.

O raciocínio ora empreendido há de repercutir diretamente sobre a própria compreensão do princípio do equilíbrio contratual. A se assumir o acerto das precedentes considerações, chega-se à seguinte proposta de releitura da matéria: *o controle de proporcionalidade objetivo-econômica das prestações vincula-se ao imperativo de tutela de*

---

[329] *In verbis*: "Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei: (...) IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado".

[330] *In verbis*: "Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019) (...)".

[331] *In verbis*: "Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: (...) III - definir livremente, em mercados não regulados, o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda; (...) § 3º O disposto no inciso III do *caput* deste artigo não se aplica: (...) II - à legislação de defesa da concorrência, aos direitos do consumidor e às demais disposições protegidas por lei federal".

vulnerabilidades contratuais.[332] A partir de semelhante ordem de preocupação, já se afirmou em doutrina que "o princípio do equilíbrio econômico expressa a preocupação da teoria contratual contemporânea com o contratante vulnerável".[333]

Tal preocupação, por certo, não se restringe a uma qualquer classificação formal e abstrata. Com efeito, seria de todo incompatível com o imperativo de tutela das vulnerabilidades uma formulação teórica que restringisse o controle de proporcionalidade objetivo-econômica a determinados tipos contratuais. Também quanto a este ponto, exsurge a Lei da Liberdade Econômica como exemplo inadequado do tratamento da matéria. Isso porque o âmbito de incidência da já aludida *presunção de simetria* estabelecida pelo novo art. 421-A do Código Civil é definido precipuamente pela fórmula "contratos civis e empresariais". Assim, não bastassem as críticas que de longa data já se formularam acerca da própria adequação téorico-conceitual de uma classificação que aparta contratos civis, empresariais e de consumo,[334] cumpre reconhecer que a menção a uma categorização abstrata não tem o condão de eximir o intérprete do dever – corolário da tábua axiológica constitucional – de perquirir, em cada relação concretamente considerada, a existência ou não de vulnerabilidades a demandarem especial tutela.[335]

---

[332] Adiante-se, por oportuno, uma advertência a ser desenvolvida mais detidamente no item 1.2, *infra*: tal intervenção *corretiva* pautada no imperativo de tutela das vulnerabilidades parece ter lugar, no mais das vezes, na fase originária da relação contratual. Não se vislumbra, todavia, ao menos em tese, óbice à implementação de uma tal intervenção corretiva no decorrer da execução contratual, embora se deva reconhecer que a generalidade das soluções dispensadas hodiernamente às vicissitudes supervenientes é passível de recondução à disciplina do equilíbrio contratual propriamente dito (sem vinculação direta à chave conceitual da vulnerabilidade).

[333] NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*, cit., p. 157.

[334] A ilustrar a referida linha de entendimento criticada, veja-se: "(...) ao unificar as obrigações civis e comerciais, o Código não unificou – e nem poderia – a 'lógica' que é própria das operações econômicas subjacentes a esses dois campos do Direito Privado" (MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao novo Código Civil. Volume V, Tomo II, cit., p. 362). A sustentar o reconhecimento dos *contratos empresariais* como categoria autônoma, v. FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais*: teoria geral e aplicação. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 32 e ss. A propósito, afigura-se pertinente a advertência de Gustavo Tepedino: "(...) a classificação didática dos diversos ramos do direito não exclui o tratamento interpretativo unitário de todas as disciplinas jurídicas, especialmente no caso de matérias afins, que se sobrepõem inevitavelmente no direito obrigacional. Verifica-se, a mais não poder, na jurisprudência e, notadamente, na utilização intensa dos princípios normativos pelo Superior Tribunal de Justiça, que as peculiaridades dos diversos ramos do direito não afastam a construção dogmática informada por valores comuns que tornam o direito empresarial integrado à teoria das obrigações" (TEPEDINO, Gustavo. Contratos empresariais na unidade do ordenamento. Editorial à *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 3, p. 6-8, jan.-mar./2015, p. 6). Assim, como elucida o autor, respeita-se a unidade do ordenamento sem deixar de se reconhecerem legítimas peculiaridade dos contratos em cada ramo do direito: "Na legalidade constitucional, as peculiaridades dos contratos empresariais encontram plena justificação axiológica, sendo inconcebível, por exemplo, a leitura dos princípios acima mencionados associados à pretensa vulnerabilidade em relações paritárias. Tais singularidades, contudo, compatíveis com a pluralidade das fontes normativas e diversidade de cenários econômicos, não afastam a unidade do ordenamento e a necessidade de se rejeitar a fragmentação do sistema jurídico – e de sua tábua de valores – em que se manifesta a identidade cultural da sociedade" (Ibid., p. 8).

[335] Assim já se colhia da doutrina antes da edição da Lei n. 13.874/2019: "Nessa toada, deve ser mitigada a dicotomia rígida que se estabeleceu entre contratos de consumo e contratos civis ou empresariais, de acordo com a qual aos primeiros se aplicariam diversos remédios de tutela da parte vulnerável, garantindo o contrato

As precedentes considerações buscaram demonstrar o risco que a concepção heterorreferenciada do equilíbrio contratual pode traduzir em caso de uma desassociação entre o controle de proporcionalidade econômico-objetiva e o imperativo de tutela das vulnerabilidades contratuais. Pode-se passar, então, ao delineamento de um segundo risco suscitado por referida concepção da matéria – o risco de esmorecimento da autonomia conceitual do princípio do equilíbrio contratual. Trata-se, a bem da verdade, de risco subjacente tanto à concepção heterorreferenciada quanto àquela autorreferenciada do equilíbrio contratual. Apesar disso, convém concentrar a análise desse risco no bojo da concepção heterorreferenciada em razão do destaque consideravelmente maior atribuído por tal linha de pensamento à investigação do conceito do equilíbrio contratual.

Sem que se deixe de levar em consideração todo o avanço proporcionado pela doutrina empenhada na construção de uma noção heterorreferenciada do equilíbrio contratual, parece possível identificar-se um certo risco de emaranhamento conceitual entre o princípio do equilíbrio contratual e outros princípios consagrados pelo ordenamento jurídico. Com efeito, no mais das vezes se percebe que a invocação do princípio do equilíbrio contratual é movida pelo propósito de concretização de princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, o valor social da livre iniciativa, a solidariedade social, a isonomia substancial ou, mesmo, o objetivo fundamental de redução das desigualdades sociais e regionais.

Não se está a enunciar um equívoco da aplicação de tais preceitos às relações contratuais, mas tão somente a pontuar que a sua incidência não depende propriamente de um princípio intermediador.[336] A implementação de uma *proporcionalidade econômico-*

---

equilibrado, enquanto os segundos permaneciam intocados sob o pálio da autonomia da vontade, ao argumento de serem contratos empresariais. Como é cediço, assim como os contratos de consumo, embora presumidamente desequilibrados, podem sê-lo em intensidades diferentes, também os contratos ditos civis ou empresariais podem demandar algum tipo de intervenção reequilibradora. Dessa forma, o princípio do equilíbrio estende-se para além das hipóteses de patologia social e supera sistema taxativo de interferência excepcional sobre a circulação de bens específicos: abrem-se novas possibilidades a partir do uso de parâmetros elásticos, que confiam ao juiz poder discricionário para averiguar funcionalmente a relação em exame, caso a caso" (KONDER, Carlos Nelson; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. O equilíbrio contratual nas locações em *shopping center*, cit., p. 182-183). Os autores chegam a sustentar uma expansão da disciplina protetiva estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor para além do âmbito específico das relações de consumo: "Sob esse novo paradigma, não apenas a manifestação de vontade, mas o próprio ordenamento contribui para a construção do regulamento negocial, e os instrumentos que buscam assegurar a paridade de forças entre as partes contratantes e a superação de determinadas assimetrias cognoscitivas passam a ser aplicáveis, também, aos tipos contratuais que não entram nas relações de consumo. Assim, o controle de cláusulas abusivas e outros mecanismos previstos entre nós pioneiramente pelo CDC podem ter sua área de aplicação expandida para os contratos com assimetria de poder negocial entre as partes, quando presente a mesma *ratio*" (Ibid., p. 183-184).

[336] Trata-se, em realidade, de aplicação da premissa metodológica atinente à eficácia horizontal e aplicabilidade direta das normas constitucionais sobre as relações privadas. A propósito dessa premissa da metodologia civil-constitucional, v., por todos, MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil-constitucional. In: *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, itens 3 e 4. A destacar que, no direito brasileiro, a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas consiste em "premissa razoavelmente consolidada", v. KONDER, Carlos Nelson. Direitos fundamentais e relações

financeira entre as prestações (noção usualmente associada em doutrina ao núcleo do princípio do equilíbrio contratual) funciona, em realidade, como um possível mecanismo de concretização, na seara contratual, dos valores promovidos pelos variados princípios supramencionados. A necessária correlação – a que já se pôde fazer menção – entre a intervenção corretiva e a tutela das vulnerabilidades revela que, em realidade, a proporcionalidade econômico-financeira entre as prestações não é um valor agasalhado *per se* pelo ordenamento, mas sim um instrumento para a concretização de valores tutelados pelo sistema.[337] Diante disso, resta desaconselhável a enunciação de um princípio (como o suposto "princípio da equivalência material das prestações")[338] cujo conteúdo se resuma a tal medida, a qual não constitui em si um valor jurídico propriamente dito.

A invocação do princípio do equilíbrio contratual nesse contexto traduz, ao fim e ao cabo, um recurso linguístico de abreviação da referência à necessidade de conformação do regulamento contratual e da sua concreta execução aos diversos valores componentes da tábua axiológica constitucional.[339] O equilíbrio contratual tal como usualmente concebido findaria, então, por afastar-se de uma feição propriamente principiológica e assumiria, quanto muito, o

---

privadas: o exemplo da distinção por gênero nos planos de previdência complementar. *Interesse Público*, a. 18, n. 99, p. 47-66, set.-out./2016, p. 47. Em sentido similar, v. HOWES, Frederico Falarz; BERGSTEIN, Laís; MELO, Marcelo Tayah de; SILVA, Micheline Criz da; KRETZMANN, Renata. O risco da atividade como fundamento do dever de compensar o tempo perdido pelo consumidor e o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário Univel*, vol. 3, n. 1, p. 67-93, dez./2019, p. 69 e ss.

[337] Desse modo, a equivalência ou proporcionalidade econômica entre as prestações não constitui, *per se*, requisito para a validade ou legitimidade da avença contratual, como já destacada também pela doutrina italiana: "*L'equilibrio dello scambio, i rapporti di corrispettività e di equivalenza fra le prestazioni non sembrano, invero, elementi constantemente necessari alla validità ed all'efficacia del contrato*. *(...) Anche la disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta prevede que lo squilibrio sia un dato relevante per l'inefficacia del contrato, ma solo in quanto abbia alterato gli iniziali valori sui quali si è formato l'accordo delle parti*" (COSTANZA, Mario. Meritevolezza degli interessi ed equilíbrio contrattuale, cit., p. 432). Em tradução livre: "O equilíbrio da troca, as relações de correspectividade e de equivalência entre as prestações não parecem, em realidade, elementos constantemente necessários para a validade e para a eficácia do contrato. (...) Mesmo a disciplina da onerosidade excessiva superveniente prevê que o desequilíbrio seja um dado relevante para a ineficácia do contrato, mas apenas na medida em que tenha alterado os valores iniciais sobre os quais se formou o acordo das partes".

[338] V., por todos, EHRHARDT JR., Marcos. *Revisão contratual*, cit., p. 60 e ss.

[339] O caráter instrumental do *princípio* tal como usualmente enunciado encontra-se refletido nas formulações teóricas que conceituam o próprio conteúdo do equilíbrio contratual a partir da exigência de ponderação (ou balanceamento) entre variados princípios constitucionais, como se vê na seguinte lição: "Tradicionalmente, sempre se entendeu que o equilíbrio contratual era aquele combinado entre as partes. Analisava-se a justiça do contrato sob aspecto meramente procedimental: bastava que a avença fosse fruto de consenso livre, suficientemente ponderado e adequadamente informado, para ser considerada justa. Nos dias atuais, todavia, passa-se a questionar referida concepção, exsurgindo entendimento segundo o qual a concreta aferição do equilíbrio requer o balanceamento entre dois princípios constitucionais igualmente relevantes: a livre-iniciativa, fundamento constitucional da autonomia contratual, e a solidariedade social" (TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Boa-fé, função social e equilíbrio contratual, cit., p. 15-16).

caráter de *postulado normativo*,[340] a reclamar a atenção do intérprete para a consideração dos valores (atinentes às partes)[341] mais diretamente relevantes para a conformação da legitimidade do concreto exercício da liberdade contratual e das posições contratuais.

Tal tratamento do equilíbrio contratual como postulado normativo, embora frequente e não necessariamente indesejável, não obsta que se lhe busque atribuir um conceito substancial. Para o desempenho dessa tarefa, haver-se-á de reconhecer, por um lado, que o controle de proporcionalidade objetiva entre os polos prestacionais (escopo usualmente – talvez indevidamente – atribuído ao princípio do equilíbrio contratual) vincula-se necessariamente ao imperativo de tutela das vulnerabilidades contratuais; e, por outro lado, que o conteúdo próprio do princípio do equilíbrio contratual não se confunde com o substrato de outros princípios consagrados pela ordem jurídica brasileira, razão pela qual não se deve circunscrever a compreensão do princípio em comento a um simples postulado normativo.

Eis, em apertada síntese, algumas das premissas em que se sustenta a hipótese – a ser desenvolvida no item subsequente – no sentido de que *a conformação dogmática do princípio do equilíbrio contratual no direito brasileiro se desvincula tanto do puro e abstrato controle de proporcionalidade objetiva entre polos prestacionais quanto da feição meramente instrumental de concretização de princípios variados consagrados pelo sistema jurídico*. Ao revés, deve-se buscar compreender o papel desempenhado pelo princípio sob exame para a proteção do concreto regulamento de interesses das partes.[342] O caminho para a plena

---

[340] A elucidar a noção de postulado normativo, em geral, e a qualificação da função social do contrato como postulado normativo, em particular, v., respectivamente, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: 2004, p. 87-90; e KONDER, Carlos Nelson. Para além da "principialização" da função social do contrato, cit., item 6. Não se deve descuidar, contudo, da advertência segundo a qual assume caráter meramente secundário (visto que desprovida de conteúdo substancial) a discussão sobre a distinção entre *princípios*, *postulados*, *técnicas* e *métodos*, como alerta TEPEDINO, Gustavo. La ragionevolezza nell'esperienza brasiliana. In: PERLINGIERI, Giovanni; FACHECHI, Alessia (*a cura di*). *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporâneo*. Tomo II. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, p. 1.075.

[341] A advertência refletida na formulação "atinentes às partes" pretende ressaltar a diversidade (em caráter de complementariedade, e não de exclusão) entre a orientação sinalizada pela função social do contrato e pelo equilíbrio contratual (na sua feição de postulado normativo). Em síntese essencial, pode-se dizer que a função social reclama a consideração de valores socialmente relevantes, ao passo que o postulado normativo do equilíbrio contratual reclama a consideração de valores preocupados com a situação concreta de cada uma das próprias partes.

[342] A partir de semelhante ordem de preocupação, afirma-se "Ao se colher a vontade estabelecida pelo conjunto das cláusulas contratuais, tem-se delineada a correspectividade de sacrifícios entre os contratantes, a definir, a um só tempo, a função ou causa do negócio – permitindo como tal qualificá-lo – e a equação econômica a ser perseguida e preservada. (...) Percebe-se, assim, a relevância do princípio do equilíbrio das prestações para a garantia da comutatividade, que se associa à função contratual e cuja preservação, por isso mesmo, torna-se imperativo da boa-fé objetiva. (...) Tal perspectiva permite conciliar a segurança jurídica com a justiça contratual, de tal modo que a autonomia privada seja efetivamente respeitada, como manifestação contratual exteriorizada e compreendida em seu todo, tendo em mira o escopo contratual, associado à preservação do equilíbrio econômico entre as prestações" (TEPEDINO, Gustavo. O papel da hermenêutica contratual na

compreensão do princípio do equilíbrio contratual parece remontar, assim, a uma releitura funcional da obrigatoriedade dos pactos – escopo ao qual se passa a dedicar.[343]

manutenção do equilíbrio econômico dos contratos. *Soluções práticas de direito*. Volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 461-462).

[343] O desenvolvimento inicial do raciocínio ora propugnado encontra-se refletido em SILVA, Rodrigo da Guia. A revisão do contrato como remédio possível para o inadimplemento. *Revista dos Tribunais*, vol. 995, set./2018, *passim*.

2. POR UMA RENOVADA PRINCIPIOLOGIA DE PROTEÇÃO DO PROGRAMA CONTRATUAL DIANTE DO INADIMPLEMENTO

A análise empreendida nos itens antecedentes conduziu ao reconhecimento de que, nada obstante suas valiosas contribuições para a compreensão da matéria, as formulações tradicionalmente mais disseminadas na doutrina nacional não propiciam o completo reconhecimento da feição assumida pelo princípio do equilíbrio contratual no direito brasileiro. Tal insuficiência se traduz, em síntese apertada, seja na compreensão do princípio do equilíbrio contratual como mera fórmula de reforço retórico à autonomia da vontade (formulação autorreferenciada, cf. item 1.1, *supra*), seja na sua compreensão como fórmula desprovida de conteúdo substantivo próprio, que se limitaria a remeter à observância de variados valores tutelados pelo ordenamento jurídico (formulação heterorreferenciada, cf. item 1.2, *supra*).

Em esforço de superação de tal insuficiência no tratamento da matéria, o presente capítulo se inaugura com a investigação da hipótese que pode ser assim sintetizada: uma análise funcional da obrigatoriedade dos pactos propicia a configuração de um renovado paradigma em matéria de equilíbrio contratual. Tal renovado paradigma pautar-se-ia na compreensão do equilíbrio como um comando de otimização, em perspectiva dinâmica, do programa contratual de interesses entabulado pelas partes e reputado merecedor de tutela pelo ordenamento jurídico (v. item 2.1, *infra*).

No que importa diretamente ao objeto precípuo do presente estudo, nota-se que o entendimento incompleto da fenomenologia do equilíbrio contratual dificulta sobremaneira a necessária compreensão da vinculação entre as noções de *inadimplemento* e *equilíbrio* no direito contratual. A assunção das premissas relativas à ressignificação do equilíbrio contratual aconselha (*rectius*: impõe), contudo, o reconhecimento da íntima correlação entre as referidas noções, a suscitar a investigação da hipótese (norteadora do item 2.2, *infra*) sobre a possibilidade de qualificação do inadimplemento contratual como autêntica hipótese de desequilíbrio (superveniente) imputável ao devedor.

A revisitação da matéria a partir das premissas ora propugnadas haverá de repercutir, por sua vez, na superação do tratamento assistemático comumente presente no tema dos remédios ao inadimplemento contratual. Nesse ponto do raciocínio se manifesta com particular destaque a situação-problema relativa à incongruência, a partir de uma abordagem

sistemática, da restrição de certos remédios ao inadimplemento contratual às hipóteses específicas em que tenham sido objeto de previsão legal expressa. Na contramão de uma abordagem de cunho puramente estruturalista e subsuntivo, tem-se que o estágio atual da civilística propicia, com base no dado normativo brasileiro, a superação da taxatividade das hipóteses de incidência dos remédios ao inadimplemento contratual (como dos remédios em geral, a bem da verdade, conforme demonstrado no item 2.3, *infra*), tendo como fio condutor (ou, em termos técnicos, diretriz valorativa justificadora da atuação dos remédios) o princípio do equilíbrio contratual. Eis o escopo a ser desenvolvido no capítulo derradeiro desta tese, a partir das premissas sedimentadas a partir do presente capítulo.

2.1. A configuração do princípio do equilíbrio contratual a partir de uma análise funcional da obrigatoriedade dos pactos

A partir da análise empreendida no capítulo antecedente, percebe-se que as formulações tradicionais em matéria de equilíbrio contratual convergem em torno da identificação daquele que identificam como o papel a ser desempenhado pelo princípio do equilíbrio contratual. O referido princípio serviria, segundo tais linhas de entendimento, a evidenciar critérios para a formação de uma avença legítima – ou, em termos caros à doutrina ocupada do tema, uma avença que promova a justiça contratual.

De fato, ambas as referidas linhas de abordagem partem da compreensão do princípio do equilíbrio contratual como critério que serviria para a valoração do programa contratual a ser tutelado, sem embargo da distinção fundamental quanto à definição do suposto *equilíbrio* a ser promovido. Remontaria tal equilíbrio (exigido para a aferição da justiça da avença) ou bem à própria declaração vontade das partes, ou bem a um ideal exterior de equivalência ou proporcionalidade econômica entre as prestações com base no seu valor de mercado, conforme se adote o paradigma da formulação autorreferenciada ou aquele da formulação heterorreferenciada, respectivamente (v. itens 1.1 e 1.2, *supra*).

Em qualquer dos aludidos cenários, o equilíbrio é invocado como parâmetro para a valoração originária da justiça contratual. Afigura-se curioso, contudo, notar que, qualquer que seja a formulação tradicional adotada, para o aludido desiderato (relativo à valoração originária da legitimidade da avença) não se vislumbra maior utilidade no recurso ao equilíbrio como um princípio contratual autônomo.

De início, tem-se que a formulação autorreferenciada se estrutura em torno de uma construção, em alguma medida, *pleonástica*, uma vez que faz coincidirem as noções de "contratual", "justo" e "equilibrado" – uma coincidência que é revelada com precisão tanto pela célebre afirmativa de que "Quem diz contratual, diz justo" (v. item 1.1, *supra*) quanto por enunciações como as de que o "[e]quilíbrio econômico-financeiro é, portanto, em sentido lato, o ponto de encontro das vontades contratuais",[344] ou de que o "equilíbrio do negócio é o definido pelas partes".[345] Como se nota, essa vinculação íntima entre justiça contratual, equilíbrio contratual e dogma da vontade finda por reservar ao equilíbrio uma atuação como mero reforço semântico da autonomia da vontade. A menção ao princípio do equilíbrio não traduziria, portanto, mais do que uma defesa redundante do dogma da vontade individual.

No que diz respeito à formulação heterorreferenciada, pode-se afirmar que o recurso ao princípio do equilíbrio contratual se realiza com finalidade meramente *metonímica*. Tal constatação pode ser extraída a partir de variados (e convergentes) prismas de análise sobre a formulação em comento. Por um lado, nota-se que a chave conceitual do equilíbrio é comumente invocada no contexto da remissão a variados valores potencialmente justificadores de uma atuação corretiva por parte do julgador. Nesse contexto se coloca a linha argumentativa no sentido de que "o equilíbrio contratual remete à igualdade, como princípio constitucional",[346] ou de que "o contrato deve ser um instrumento de promoção da igualdade substancial entre os contratantes, traduzida nas noções de justiça e de equilíbrio".[347]

Por outro lado – e aqui se coloca a acepção mais recorrente no âmbito da formulação heterorreferenciada –, nota-se que a chave conceitual do equilíbrio também é comumente invocada para se fazer menção ao próprio resultado concreto associado à promoção de tais valores. Toma-se, então, o *equilíbrio* como o resultado da promoção dos valores merecedores de tutela, resultado esse a se expressar na forma de uma relação de proporcionalidade econômica entre as prestações.[348]

Em qualquer dessas duas versões do paradigma heterorreferenciado – convergentes e complementares, vale frisar –, tem-se que o princípio do equilíbrio contratual é empregado em finalidade meramente metonímica. Assim sucede tanto com a remissão aos variados valores potencialmente justificadores de uma atuação corretiva (*equilíbrio* como remissão aos valores

[344] VILLELA, João Baptista. Equilíbrio do contrato, cit., p. 780
[345] ZANETTI, Cristiano de Sousa. O risco contratual, cit., p. 457.
[346] MATTIETTO, Leonardo. O princípio do equilíbrio contratual, cit., p. 189.
[347] SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor, cit., p. 307.
[348] Por exemplo, assim sustentam, como já destacado, SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 59; e MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme. Fontes e evolução do princípio do equilíbrio contratual, cit., p. 407.

a serem tutelados), quanto com a alusão ao próprio resultado concreto porventura associado à promoção de tais valores (*equilíbrio* como o resultado da promoção dos valores, i.e., situação de equivalência ou proporcionalidade econômica entre as prestações).

Entre pleonasmos e metonímias, percebe-se que à criatividade na aplicação das figuras de linguagem do vernáculo não corresponde, todavia, maior utilidade ou conveniência do ponto de vista da dogmática jurídica. A isso se soma a circunstância de que o recurso desnecessário ou inadequado ao equilíbrio contratual no contexto de ambas as formulações analisadas não fornece subsídios sólidos para a compreensão daquele que, à luz do sistema jurídico brasileiro, parece ser o verdadeiro *locus* de atuação do princípio em comento: o tratamento das patologias contratuais supervenientes à celebração da avença.

Com efeito, o movimento de compreensão do equilíbrio como parâmetro para a valoração da avença contratual parece não consistir em peculiaridade da experiência brasileira, manifestando-se também em sistemas jurídicos que influenciaram e influenciam, em maior ou menor medida, as reflexões da doutrina nacional. Por exemplo, tal ordem de compreensão da matéria se assemelha com aquela que busca apartar "*objektive Äquivalenz*" de "*subjektive Äquivalenz*",[349] na doutrina alemã, ou "*equivalenza oggettiva*" de "*equivalenza soggettiva*",[350] na doutrina italiana. A doutrina busca, a partir de tais expressões, investigar parâmetros para a valoração da legitimidade da relação estabelecida entre as prestações, remontando o seu critério distintivo à fonte do parâmetro – a própria declaração de vontade ou o valor econômico objetivo das prestações. Fala-se em "*objektive Äquivalenz*" (ou "*equivalenza oggettiva*") no primeiro caso, e em "*subjektive Äquivalenz*" (ou "*equivalenza soggettiva*"), no segundo caso.[351]

Não por acaso, percebe-se que tais expressões remetem diretamente, no vernáculo, à noção de *equivalência*,[352] que bem sintetiza o objetivo final que parece subjazer, aqui e

[349] V., por todos, WOLLNY, Rainar-Maria. *Die tatbestandliches Voraussetzungen der Geschäftsgrundlage*, cit., p. 52-54.
[350] V., por todos, BIANCA, C. Massimo; PATTI, Guido; PATTI, Salvatore. *Lessico di Diritto Civile*, cit., p. 326-327.
[351] Para o desenvolvimento da distinção entre *objektive Äquivalenz* e *subjektive Äquivalenz*, remete-se, ainda, a RAPP, Julian. *Das Äquivalenzprinzip im Privatversicherungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p. 61 e ss.
[352] Colhem-se valiosos subsídios da lexicografia para a compreensão do tema. Veja-se, por exemplo, a conceituação de "*Äquivalenz*" como "*Gleichwertigkeit*" (KÖBLER, Gerhard. *Juristisches Wörterbuch*: für Studium und Ausbildung. 15. ed. München: Franz Vahlen, 2012, p. 25), podendo esta última ser traduzida ao vernáculo como "equivalência" (KOLLERT, Ana Maria Cortés *et alii*. *Langenscheidt Taschenwörterbuch Portugiesisch*. Berlin: Langenscheidt, 2011, p. 303; SEIXAS, Joana Mafalda Pimentel; WEBER, Antje. *PONS Standardwörterbuch Portugiesisch-Deutsch*: das umfassende Wörterbuch für Sprachenlerner. Stuttgart: Ernst Klett Sprachen, 2002, p. 162; e [s.n.] *Dicionário de português-alemão*. Porto: Porto Editora, 1999, p. 383).

alhures, às já referidas formulações em matéria de equilíbrio contratual[353] – com a distinção fundamental entre os parâmetros para a aferição da equivalência, vale repisar. Diante disso, considerando que a noção de *equivalência* remete diretamente a uma ideia de correspondência objetiva entre prestações,[354] em sentido similar ao atribuído pela doutrina alemã ao conceito de *objektive Äquivalenz* [355] – que, como já advertido, não corresponde a um valor agasalhado *per se* no sistema jurídico nacional e, portanto, não tem aptidão a explicitar o conteúdo do princípio do equilíbrio contratual –, afigura-se recomendável reservar o emprego da expressão *equilíbrio*, em sentido estrito, à sua significação mais compatível com o ordenamento jurídico brasileiro – apartada, frise-se, de eventual noção de *igualdade*, *equivalência* ou *proporcionalidade* entre prestações.

À investigação do sentido técnico atribuído ao equilíbrio contratual pelo direito brasileiro se dedica o presente item. Para tanto, sem perder de vista a historicidade e a relatividade inerentes ao tema do equilíbrio contratual (bem como a qualquer conceito ou instituto),[356] afigura-se imprescindível passar em revista o dado normativo e o correlato desenvolvimento doutrinário acerca do tema das patologias supervenientes à formação do contrato[357] (não raramente reunidas sob as alcunhas genéricas de *perturbação* ou de "*hardship*").[358] Advirta-se, desde logo, que a menção a alguns dos institutos e conceitos

---

[353] Demonstração emblemática do quanto identificado se verifica na circunstância, não propriamente rara na doutrina, se de empregar em sinonímia as expressões *princípio do equilíbrio contratual* e *princípio da equivalência material das prestações*. Nesse sentido, ilustrativamente, v. EHRHARDT JR., Marcos. *Revisão contratual*, cit., p. 60.

[354] "*Equivalência*. S. f. (Lat., de *aequivalere*) Coincidência entre duas coisas que não se igualam, mas, em termos financeiros, têm o mesmo valor em preço" (SIDOU, J. M. Othon (Org.). Equivalência [verbete]. In: *Dicionário jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 250).

[355]. V., por exemplo, RAPP, Julian. *Das Äquivalenzprinzip im Privatversicherungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p. 65-66. Para o desenvolvimento da análise acerca da relação entre *equivalência* e *igualdade*, temática particularmente cara aos estudos afetos à Filosofia do Direito, v., na doutrina alemã, HENKEL, Heinrich. *Einführung in die Rechtsphilosophie*. München: C. H. Beck, 1997, p. 410 e ss.

[356] "Todo instituto jurídico existe e ganha significado dentro de um ordenamento específico. Para compreender seu conceito e alcance deve-se ter em mente o todo do qual ele faz parte, analisando-se em relação com os princípios que lhe dão sentido, com os demais institutos com que faz fronteira, com as regras que viabilizam sua aplicação e na forma pela qual é interpretado. Os efeitos de uma norma somente se desenham claramente quando ela é inserida no ordenamento, do qual extrai seu significado e alcance" (KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição, cit., p. 218).

[357] "O problema do desequilíbrio contratual superveniente à formação do contrato, já denominado 'um dos mais tormentosos' do direito privado contemporâneo, tem sido debatido não apenas em numerosas experiências jurídicas nacionais, mas também no plano internacional. O tema, que concerne, em última análise, à própria 'relação entre o Direito e a realidade', costuma ser abordada sob diferentes nomenclaturas – imprevisão, quebra da base do negócio, desequilíbrio entre prestações, alteração das circunstâncias, superveniência contratual, *hardship*, excessiva onerosidade, entre outras –, que refletem, a rigor, diferentes concepções teóricas sobre o fenômeno, ora lhe atribuindo tratamento mais abrangente, ora mais restritivo, ora, ainda, lhe reservando apenas um tratamento diverso" (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 135-136).

[358] A crescente tendência à noção de *perturbação* foi analisada na Introdução, *supra*. A expressão "*hardship*", por sua vez, "denota a ideia de um rigor excessivo, uma dificuldade capaz de causar estado de aflição ou infortúnio. Situações de *hardship* passaram a ser tidas em cláusulas contratuais como causa da alteração do pactuado em vista de minimizar a situação aflitiva que, por força do hardship, atingiria um ou ambos os

utilizados na matéria não se move por qualquer pretensão de tratamento pormenorizado do seu respectivo regime jurídico – o que não se coadunaria com o escopo desta tese. Ao revés, o propósito subjacente à análise a ser empreendida é investigar, a partir da tutela atribuída ao equilíbrio no plano superveniente à formação do contrato, o papel efetivamente desempenhado pelo princípio no sistema jurídico brasileiro.

Convém iniciar a análise pelas normas codificadas mais comumente (quiçá unanimemente) associadas à tutela do equilíbrio contratual no plano superveniente – os arts. 478, 479 e 480 do Código Civil brasileiro. Como se sabe, o art. 478 estabelece os requisitos para a configuração de onerosidade excessiva (superveniente)[359] a ensejar a resolução do contrato por iniciativa do devedor. Já o art. 479 assegura ao credor, réu em ação movida com fulcro no art. 478, a faculdade de evitar a resolução e promover a revisão do contrato, mediante a denominada *oferta de modificação equitativa*.[360] O art. 480, por sua vez, ao tratar dos contratos unilaterais, atribui ao devedor a prerrogativa de promover a revisão contratual diante de hipótese fática de onerosidade excessiva.[361]

---

contraentes, vindo a afetar o contrato" (MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*, a. 7, n. 25, p. 11-39, abr.-jun./2010, p. 19). De fato, parece possível afirmar que a invocação da expressão "*hardship*" indistintamente para hipóteses fáticas passíveis de recondução a variadas figuras jurídica remonta à convergência funcional entre tais figuras, todas vocacionadas à tutela do desequilíbrio contratual (superveniente), como já explicitado pela doutrina internacionalista: "A expressão *hardship* foi utilizada para se referir indistintamente a todas as teorias que tratem do desequilíbrio contratual superveniente, como a 'perda da base do negócio' do direito alemão e a 'onerosidade excessiva' do direito brasileiro. Sabemos que há diferença entre os institutos, mas todos compartilham de um núcleo comum, que é a ocorrência de um desequilíbrio econômico-financeiro superveniente" (MOREIRA, Rodrigo Cavalcante. *A resolução do contrato de longa duração pela quebra da confiança*. São Paulo: Almedina, 2021, p. 33). A propósito, v., ainda, GAMA, Lauro. Uma breve história do *hardship* – da *clausula rebus* medieval aos direitos nacionais; da nova *lex mercatoria* e Princípios do UNIDROIT (1994) ao seu efeito harmonizador nas legislações nacionais modernas. In: COELHO, Fábio Ulhoa; TEPEDINO, Gustavo; LEMES, Selma Ferreira (Coord.). *A evolução do direito no século XXI*. Seus princípios e valores – ESG, liberdade, regulação, igualdade e segurança jurídica. Homenagem ao Professor Arnoldo Wald. Volume 2. São Paulo: Editora IASP, 2022, p. 361 e ss.

[359] Em que pese a existência de certa recorrência da menção, em sede doutrinária, à excessiva onerosidade *superveniente* em oposição a hipóteses de desequilíbrio (*rectius*: ausência de equivalência ou proporcionalidade) no plano *originário*, as premissas desenvolvidas no presente estudo conduzem ao reconhecimento do caráter redundante de eventual menção à onerosidade excessiva (ou a qualquer outra hipótese de desequilíbrio) *superveniente*. Afinal, como sucede com qualquer circunstância ensejadora de desequilíbrio contratual, a onerosidade excessiva pressupõe uma turbação do programa contratual após a sua formação originária e, portanto, somente pode vir a se configurar no curso da execução contratual, i.e., no plano superveniente.

[360] Em obra oriunda de tese de livre-docência a respeito do tema, assim justifica-se o uso da expressão *oferta de modificação equitativa*: "Optou-se por designar o ato, praticado pelo credor no contexto de demanda de resolução do contrato contra ele movida pelo devedor, visando a evitar a extinção contratual por meio da revisão dos termos da avença, de 'oferta de modificação equitativa'. Esta é uma das expressões consagradas na literatura e na jurisprudência italianas (*oferta di equa modificazione*), em que também se alude a 'oferta de recondução à equidade' (*oferta di riduzione ad equità*). Na doutrina nacional, também é usual aludir à 'oferta' do credor" (MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Revisão contratual*: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa. São Paulo: Almedina, 2020, p. 19).

[361] A propósito, v., por todos, POTTER, Nelly. *Revisão e resolução dos contratos no Código Civil*: conforme perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 181 e ss.

Soma-se aos referidos dispositivos legais o art. 317 do Código Civil, que, segundo o benfazejo entendimento consagrado pela doutrina contemporânea, conjuga-se aos arts. 478, 479 e 480, em interpretação teleológica e sistematicamente orientada, para admitir a legitimidade também do próprio devedor (e não apenas do credor, como levaria a crer a literalidade dos arts. 478 e 479) para promover a revisão dos contratos bilaterais (e não apenas dos contratos unilaterais, como levaria a crer a literalidade do art. 480 do Código Civil).[362] Tal exegese se coaduna com o próprio processo legislativo relativo ao atual art. 317, que, "embora originalmente concebido no Projeto de Código Civil somente para atualização monetária de obrigações pecuniárias, foi aprovado pelo Congresso com redação ampla", a permitir a sua atuação "como verdadeira cláusula geral de revisão judicial de contratos desequilibrados por fatos supervenientes imprevisíveis".[363]

Supera-se, assim, a resistência de certa parcela da doutrina, que, ancorada, entre outros, em argumentos relativos à localização topográfica do art. 317, à suposta excepcionalidade do remédio revisional e ao princípio da identidade da prestação (art. 313), busca restringir o escopo do art. 317 à correção monetária das prestações pecuniárias.[364] Tal formulação reconheceria apenas ao credor, *ex vi* do art. 479, a legitimidade para o pleito revisional diante de contratos bilaterais afetados por onerosidade excessiva.[365]

---

[362] "O dispositivo [art. 317 do Código Civil brasileiro] teve como escopo originário o combate aos efeitos da inflação e a desvalorização das prestações em dinheiro, mas sofreu, como já visto, ampliação da sua linguagem nos trabalhos legislativos. Da sua redação aberta, a doutrina extrai o poder do juiz de corrigir o valor da prestação devida de modo a assegurar tanto quanto possível o valor real da prestação, em cristalina opção pelo remédio revisional. E precisamente por essa razão o art. 317 tornou-se, em nossa experiência, uma espécie de 'puxadinho hermenêutico' dos arts. 478 a 480, sendo raro encontrar quem trate desses sem aquele, e vice-versa. O art. 317 acaba, assim, por ser empregado em uma interpretação corretiva dos arts. 478 a 480, para garantir a revisão mesmo na hipótese dos contratos bilaterais, ao contrário do que sugeriria a leitura isolada daqueles dispositivos" (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 247-248). Em sentido similar, v. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Volume VI, Tomo II (arts. 472 a 480). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 923 e ss.; MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Volume V, Tomo I (arts. 304 a 388). Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 279 e ss.; e EHRHARDT JR., Marcos. *Revisão contratual*, cit., p. 100.

[363] TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Contratos: Teoria Geral. In: TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Volume 3: Contratos. 2. ed., cit., p. 143. Assim também sustenta Nelly Potter: "Eis, a nosso ver, a melhor leitura do artigo 317 do Código Civil, que nesta altura deve desacorrentar-se de suas origens estritamente pecuniárias, para valer como um manto maior, uma norma geral à aplicação da teoria da imprevisão por onerosidade excessiva prevista no mesmo texto legal, sobretudo para os casos de ações propostas pelo credor e, ainda, para aquelas hipóteses em que o próprio devedor prefira a revisão à resolução da avença" (POTTER, Nelly. *Revisão e resolução dos contratos no Código Civil*, cit., p. 169). No mesmo sentido, v. FRITZ, Karina Nunes. Revisão contratual e quebra da base do negócio. *Direito UNIFACS – Debate Virtual*, n. 247, p. 1-21, 2021, p. 5.

[364] V., por todos, MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Revisão contratual*, cit., p. 24 e ss.; e FERRAZ, Patrícia Sá Moreira de Figueiredo. *A onerosidade excessiva na revisão e extinção dos contratos*: a concorrência na aplicação da regra dos arts. 317 e 478 do Código Civil vigente. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, item 6.5.2.

[365] "No sistema dos arts. 478 e 479 do Código Civil, cabe ao devedor da prestação tornada excessivamente onerosa pleitear unicamente a resolução da relação contratual, podendo o credor requerido evitá-la, oferecendo-

No que diz respeito à *ratio* subjacente a tais previsões, a doutrina tem atentamente destacado que esses dispositivos legais consagram a tutela do equilíbrio contratual diante de patologias supervenientes à formação do contrato que afetem o programa de interesses originariamente entabulado pelas partes.[366] Essa íntima correlação entre atuação do princípio do equilíbrio no plano superveniente e tutela do programa contratual originário é ressaltada diuturnamente, em particular, pela doutrina dedicada à análise da onerosidade excessiva.[367]

Entre outras formulações convergentes, afirma-se que "a excessiva onerosidade é a que produz, ao devedor, um sacrifício que altera a economia do contrato e o equilíbrio originariamente existente",[368] hipótese em que, "no decorrer do tempo, o contrato perde o seu equilíbrio original entre prestação e contraprestação".[369] Há, assim, excessiva onerosidade

---

se a modificar equitativamente as bases do contrato. O poder de modificar as bases do contrato não é conferido ao devedor, muito menos, *ex officio*, ao juiz. (...) A dinâmica dos remédios legais justifica-se por conta de uma desigualdade de posições entre as partes. Nesse quadro, soa compreensível, primeiramente, que o poder resolutório seja outorgado ao devedor, e apenas a ele, pois será dele o interesse em liberar-se do dever de prestar, ante o agravamento superveniente, considerável e imprevisível do custo da prestação. Mostra-se justificável, ademais, a atribuição do poder modificativo somente ao credor, dado o efeito econômico resultante da conservação do vínculo, correlatamente positivo para o devedor e negativo para o credor" (MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Revisão contratual*, cit., p. 73).

[366] "A excessiva onerosidade nas relações paritárias encontra-se disciplinada nos artigos 317, 478 e subsequentes do Código Civil, que, em consonância com o princípio do equilíbrio econômico dos pactos, autoriza a revisão ou a resolução do contrato na hipótese de verificação de fatos extraordinários e imprevisíveis que tornem a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, abalando-se o sinalagma funcional em que se fundamentou a contratação" (TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato; DIAS, Antônio Pedro. Contratos, força maior, excessiva onerosidade e desequilíbrio patrimonial. *Consultor Jurídico*, 20/4/2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/opiniao-efeitos-pandemia-covid-19-relacoes-patrimoniais. Acesso em 21/10/2021).

[367] "O instituto [da onerosidade excessiva] tanto protege o contrato, garantindo o equilíbrio entre as prestações, como a obrigação, ao defender o interesse da parte lesada" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Volume VI, Tomo II, cit., p. 882). Ainda a destacar a correlação entre a disciplina da onerosidade excessiva e a tutela do equilíbrio contratual no plano superveniente, alude-se expressamente à intervenção do julgador "para corrigir os desequilíbrios supervenientes, mantendo a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações dos contratantes" (EHRHARDT JR., Marcos. *Revisão contratual*, cit., p. 60). A correlação costuma ser percebida de modo ainda mais direto no âmbito do Direito Administrativo, sobretudo em razão da pluralidade de dispositivos da Lei n. 8.666/1993, que instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública, destinados a assegurar a preservação do *equilíbrio econômico-financeiro inicial* do contrato administrativo diante de vicissitudes supervenientes (v., em especial, arts. 57, § 1º; 58, § 2º; 65, II, *d*, e § 6º, da Lei n. 8.666/1993). A propósito, afirma-se: "Equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá. A equação econômico-financeira é intangível" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 664). V., ainda, v., por todos, PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 322 e ss.; e CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 205 e ss. Para o desenvolvimento do tema a partir de um cotejo direto com a dogmática civilista, v. QUINELATO, João; FARIAS, João Pedro Jaquel de. O equilíbrio econômico-financeiro nos contratos celebrados com a Administração Pública. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, a. 20, n. 238, out./2021, *passim*.

[368] MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Volume V, Tomo I, cit., p. 306.

[369] "A excessiva onerosidade prevista no art. 478 do CC é aquela referente à falta de sinalagma superveniente, ou seja, no momento da contratação o contrato era sinalagmático, mas no decorrer do tempo, o contrato perde o seu

diante de "acontecimentos extraordinários e imprevisíveis que ponham em xeque o equilíbrio contratual, a ponto de tornar excessivamente onerosa a execução da prestação a cargo de uma das partes".[370] Também a revisão promovida *ex vi* do art. 317 do Código Civil é associada diretamente ao escopo de "assegurar o equilíbrio das prestações".[371] Não surpreende que se chegue a enunciar que "sob o nome de onerosidade excessiva condena-se o desequilíbrio surgido após a formação do vínculo".[372] A excessiva onerosidade é compreendida, em formulação que bem sintetiza a matéria, como "instituto que objetiva debelar o desequilíbrio contratual superveniente".[373]

Também da experiência italiana – usualmente apontada como inspiração direta da disciplina codificada brasileira, seja pela redação adotada pelo *Codice Civile* de 1942 (em especial por seus arts. 1.467 e 1.468),[374] seja pelo desenvolvimento conferido pela doutrina à

---

equilíbrio original entre prestação e contraprestação" (SCHUNCK, Giuliana Bonanno. Onerosidade excessiva e contratos aleatórios. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 5, a. 2, p. 83-96, out.-dez./2015, p. 90).

[370] "De acordo com o regramento pátrio, admite-se a intervenção no domínio do pactuado em casos excepcionais. Segundo os arts. 317 e 478 do Código Civil, o teor dos contratos de execução diferida ou de duração somente pode ser legalmente discutido se à sua celebração sobrevierem acontecimentos extraordinários e imprevisíveis que ponham em xeque o equilíbrio contratual, a ponto de tornar excessivamente onerosa a execução da prestação a cargo de uma das partes" (ZANETTI, Cristiano de Sousa. O risco contratual, cit., p. 458).

[371] MIRAGEM, Bruno. *Direito civil*: direito das obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 355.

[372] "(...) sob o nome de onerosidade excessiva condena-se o desequilíbrio surgido após a formação do vínculo" (MATTIETTO, Leonardo. O princípio do equilíbrio contratual, cit., p. 185). O autor afirma, ainda, que, "[e]mbora não haja, no Código Civil, a formulação explícita do princípio do equilíbrio contratual, é patente a condenação do desequilíbrio", entre outras razões, "ao se permitir a resolução do contrato por excessiva onerosidade superveniente" (Ibid., p. 187). Em sentido similar, v. TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Contratos: Teoria Geral. In: TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Volume 3: Contratos. 2. ed., cit., p. 135.

[373] TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato; DIAS, Antônio Pedro. Contratos, força maior, excessiva onerosidade e desequilíbrio patrimonial, cit.

[374] "*Art. 1467. Contratto con prestazioni corrispettive. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto*"; "*Art. 1468. Contratto con obbligazioni di una sola parte. Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità*". Em tradução livre: "Art. 1.467. Contrato com prestações correspectivas. Em contratos com execução continuada, periódica ou com execução diferida, caso a prestação de uma das partes tenha se tornado excessivamente onerosa devido à ocorrência de eventos extraordinários e imprevisíveis, a parte que deve tal prestação pode demandar a resolução do contrato, com os efeitos estabelecido pelo art. 1.458. A resolução não pode ser demandada se a onerosidade superveniente se enquadrar na álea normal do contrato. A parte contra a qual é demanda a resolução pode evitá-la, oferecendo uma modificação equitativa das condições do contrato"; "Contrato com obrigações de apenas uma parte. Na hipótese prevista pelo artigo precedente, se se tratar de um contrato no qual apenas uma das partes assumiu obrigações, ela pode demandar uma redução da sua prestação ou uma modificação nas modalidades de execução, suficientes para reconduzi-la à equidade". Como se pode observar, há notável similitude entre a redação dos arts. 478 e 479 do Código Civil de 2002 e a redação do art. 1.467 do *Codice Civile* italiano de 1942. Afirma-se, por isso, que "os arts. 478 e 479 do Código Civil brasileiro são, em grande maioria, reproduções do art. 1.467, 1 e 3 do Código Civil italiano" (MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Revisão contratual*, cit., p. 17).

teoria da excessiva onerosidade ("*eccessiva onerosità*", em italiano)[375] – se colhe a percepção acerca da íntima correlação entre onerosidade excessiva, tutela do equilíbrio contratual no plano superveniente e promoção do programa contratual originariamente entabulado pelas partes.[376] Afiguram-se particularmente destacáveis, a título ilustrativo, as reflexões a respeito do fenômeno inflacionário, por se tratar de problemática para a qual a legislação italiana (inspiração direta dos arts. 478, 479 e 480 do Código Civil brasileiro de 2002, como visto) parece não conter, no âmbito da disciplina relativa às obrigações, dispositivo diretamente correspondente ao já mencionado art. 317 do diploma brasileiro. Trata-se de circunstância relevante, uma vez que o referido art. 317, intimamente vinculado às vicissitudes da realidade econômica nacional, permite a revisão do valor nominal da prestação "[q]uando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução", em relevante mitigação do princípio do nominalismo a que já se pôde fazer menção.

A aparente ausência de disposição legal expressa a esse respeito parece estar na origem da destacada atenção da doutrina italiana à reflexão acerca da possibilidade de configuração de onerosidade excessiva (nos termos do art. 1.467 do *Codice Civile*) em hipóteses de grave desvalorização monetária. Precisamente nesse cenário, a doutrina italiana identifica a desvalorização monetária como "possível superveniência na dinâmica

---

[375] A destacar a influência direta da experiência italiana sobre a normativa brasileira em matéria de onerosidade excessiva, v., por todos, TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Contratos: Teoria Geral. In: TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Volume 3: Contratos. 2. ed., cit., p. 138; MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Volume V, Tomo I, cit., p. 285; ZANETTI, Cristiano de Sousa. O risco contratual, cit., p. 459; e SCHUNCK, Giuliana Bonanno. Onerosidade excessiva e contratos aleatórios, cit., p. 84.

[376] "*L'interprete pertanto – al fine di valutare se gli eventi esterni abbiano alterato l'originaria economia del contrato, determinando così i pressupposti per la sua risoluzione – deve ricostruire ed identificare l'equilibrio economico che le parti hanno voluto assegnare all'assetto degli interessi*" (GABRIELLI, Enrico. Rimedi giudiziali e adeguamento del contenuto del contrato alle mutate circostanze di fatto. In: *Contratto, mercato e procedure concorsuali*. Torino: G. Giappichelli, 2006, p. 54). Em tradução livre: "O intérprete, portanto – para fins de valorar se os eventos externos alteraram a economia originária do contrato, determinando assim os pressupostos para a sua resolução – deve reconstruir e identificar o equilíbrio econômico que as partes quiseram atribuir ao arranjo de interesses". A considerar a *resolução* como "*rimedio del turbamento dell'equilibrio contrattuale*" ("remédio da turbação do equilíbrio contratual", em tradução livre), v., ainda, MAIELLO, Paola. Artt. 1.467 [verbete]. In: CENDON, Paolo (*diretto da*). *Commentario al Codice Civile*. Torino: UTET, 1991, p. 860. No mesmo sentido, afirma-se que o art. 1.467 do *Codice Civile* "(...) se propõe, com um indubitável fundamento equitativo, a garantir o equilíbrio contratual e a proporção entre prestação e contraprestação" (PERLINGIERI, Giovanni. Svalutazione monetaria ed eccessiva onerosità sopravvenuta. In: PERLINGIERI, Pietro; POLIDORI, Stefano (*a cura di*). *I Maestri italiani del diritto civile*: Domenico Rubino. Tomo I. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p. 1.017). Tradução livre do original: "(...) *si propone, con un indubbio fondamento equitativo, di garantire l'equilibrio contrattuale e la proporzione tra prestazione e controprestazione*".

contratual"[377] e reconhece a possibilidade de configuração de "uma onerosidade excessiva ou do preço, se houver uma valorização da moeda, ou do serviço em relação ao preço", de modo que "[o] equilíbrio entre as prestações correspectivas, existente ao tempo da criação do contrato, acaba".[378] Enuncia-se, nesse sentido, a relevância da excessiva onerosidade superveniente "na medida em que tenha alterado os iniciais valores sobre os quais se formou o acordo das partes",[379] de modo que "venha a faltar o equilíbrio entre prestações conexas".[380]

Essa vinculação entre a tutela do equilíbrio no plano superveniente e a promoção do programa contratual originário também é evidenciada de modo enfático pelas demais formulações teóricas que a doutrina associa, em maior ou menor medida, à disciplina codificada sobre a matéria e à principal formulação teórica que lhe serviu de base – a teoria italiana da onerosidade excessiva, como visto acima. Merece menção inicial, a esse respeito, a secular formulação relativa à denominada cláusula *rebus sic stantibus*.[381] Sua correlação com a normatização brasileira na matéria pode ser depreendida não apenas da doutrina nacional – que identifica a cláusula *rebus sic stantibus* como uma das origens remotas das normas do Código Civil sobre excessiva onerosidade –,[382] mas também da experiência italiana – que, como visto, influenciou diretamente a codificação brasileira na matéria.[383]

---

[377] PERLINGIERI, Giovanni. Svalutazione monetaria ed eccessiva onerosità sopravvenuta, cit., p. 1.003. Tradução livre do original: "(...) *possibile sopravvenienza nella dinamica contrattuale*".

[378] PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 645. Para uma análise do reconhecimento da doutrina italiana (sobretudo a partir da obra de Domenico Rubino) acerca da desvalorização monetária como possível vicissitude superveniente comprometedora do equilíbrio contratual, v. PERLINGIERI, Giovanni. Svalutazione monetaria ed eccessiva onerosità sopravvenuta, cit., *passim* e, em especial, item 3.

[379] Tradução livre de excerto da seguinte passagem original: "*L'equilibrio dello scambio, i rapporti di corrispettività e di equivalenza fra le prestazioni non sembrano, inverno, elementi constantemente necessari alla validità ed all'efficacia del contrato. (...) Anche la disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta prevede che lo squilibrio sia un dato rilevante per l'inefficacia del contrato, ma solo in quanto abbia alterato gli iniziali valori sui quali si è formato l'accordo delle parti*" (COSTANZA, Mario. Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale, cit., p. 432).

[380] Tradução livre de excerto da seguinte passagem original: "*Nei contratti sinalagmatici a esecuzione continuata o periodica o a esecuzione differita, il problema dell'eccessiva onerosità dovuta ad avvenimenti straordinari e imprevisibili non emerge più come* tertium genus*, ambiguamente collocato tra l'idea dell'impossibilità della prestazione e quella di una difficoltà dell'adempimento, ma s'impone, con autonoma fisionomia, nel momento in cui viene meno l'equilibrio tra prestazioni connesse*" (FERRI, Giovanni B. Dalla clausola 'rebus sic stantibus' alla risoluzione per eccessiva onerosità. *Quadrimestri*: Rivista di Diritto Privato, n 1, 1988, p. 64). A correlação entre vicissitudes supervenientes e tutela do equilíbrio contratual era destacada pela doutrina italiana antes mesmo do advento do *Codice Civile* de 1942 – que, como visto, positivou regramento expresso da onerosidade excessiva –, como se depreende de SIMONE, Mario De. Ancora sulla sopravvenienza contrattuale nel diritto positivo. *Rivista di Diritto Privato*. Vol. X. Padova: CEDAM, p. 34-86, 1940, p. 83-84.

[381] Apesar de consagrada na tradição civilista a menção à "cláusula" *rebus sic stantibus*, não se trata, por certo, de autêntica cláusula estipulada expressamente pelos contratantes. Similar ordem de advertência é ressaltada pela doutrina ao tratar da "cláusula" resolutiva tácita (v., por todos, SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 474). De todo modo, em deferência à ampla difusão da denominação, manter-se-á a menção à expressão "cláusula *rebus sic stantibus*".

[382] "Na mais remota raiz do art. 317 [do Código Civil de 2002] está a filosofia estóica, tal qual acolhida em escritos de Cícero e de Sêneca. A primeira elaboração escrita na qual comparece como princípio geral a regra da modificação do pactuado em presença de uma mudança do estado de fato está no Direito Canônico, no qual acolhida a tese de Tomás de Aquino, derivada, neste particular, dos estudos filosóficos dos estoicos romanos. No

Passível de tradução ao vernáculo como "estando assim as coisas", a cláusula *rebus sic stantibus* condicionaria implicitamente a obrigatoriedade do cumprimento das obrigações à "manutenção das circunstâncias imperantes quando da contratação", de modo a se retirarem "da esfera de exigibilidade do credor, certas situações de inadimplência, justificadas pela alteração, sem culpa do devedor, das condições tácitas asseguradoras do cumprimento da obrigação pactuada".[384] Das mais frequentes releituras contemporâneas da cláusula *rebus sic stantibus* extrai-se, como anunciado, a correlação direta entre a sua operatividade e o respeito ao equilíbrio contratual.[385] A cláusula *rebus sic stantibus* determinaria, assim, o respeito ao programa contratual originariamente entabulado pelas partes, de modo a se reconhecer que "o contrato permanece íntegro apenas quando não modificada, em sua fase de execução, a

---

Direito Canônico a doutrina foi elaborada por Giovanni d'Andréa, sendo desenvolvida por Bártolo e Acursio a cláusula *rebus sic stantibus* (...)" (MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Volume V, Tomo I, cit., p. 286). Para ampla resenha histórica sobre as fontes da cláusula *rebus sic stantibus*, passando pela filosofia estoica romana na Antiguidade Clássica (com destaque para as contribuições de Cícero e Sêneca) e pela escolástica na Idade Média (com destaque para as contribuições de Bártolo de Sassoferrato e seu discípulo Baldo de Ubaldo), v. TERRANOVA, Carlo G. L'eccessiva onerosità nei contratti: artt. 1467-1469. In: SCHLESINGER, Piero (*diretto da*). *Il Codice Civile*: commentario. Milano: Giuffrè, 1995, p. 6 e ss.; e OSTI, Giuseppe. La così detta clausola 'rebus sic stantibus' nel suo sviluppo storico. In: *Scritti giuridici*. Tomo I. Milano: Giuffrè, 1973, *passim*.

[383] Assim, por exemplo, a *Relazione Ministeriale* ao *Codice Civile* de 1942 (apresentada pelo *Ministro Guardasigilli* Dino Grandi por ocasião da audiência de 16/3/1942, que culminou na promulgação do diploma codificado, na mesma data, pelo *Reggio Decreto* n. 262), ao tratar do seu art. 1.467 (relativo à disciplina da excessiva onerosidade), afirma ter sido introduzido, "(...) de modo expresso e geral, o princípio da implícita sujeição dos contratos com prestações correspectivas à cláusula *rebus sic stantibus*" (GRANDI, Dino. Relazione ala Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Grandi) presentata nell'udienza del 16 marzo 1942-XX per l'approvazione del testo del 'Codice Civile'. In: *Codice Civile*: Texto e Relazione Ministeriale. Roma: Istituto Poligrafico dello Stato, 1943, p. 117). Tradução livre de excerto da seguinte passagem original: "*Infine il contrato si risolve, con gli effetti stessi stabiliti per la risoluzione a causa di inadempimento, quando la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa (art. 1467). Si introduce così, in modo espresso e in via generale, il principio dell'implicita soggezione dei contratti con prestazioni corrispettive alla clausola* rebus sic stantibus, *sulle trace del diritto comune e quindi in collegamento con una tradizione prettamente italiana, seguita fino ad ora solo da alcuni sistema stranieri*". Para o desenvolvimento da análise, v., ainda, TERRANOVA, Carlo G. L'eccessiva onerosità nei contratti, cit., p. 6. A cláusula *rebus sic stantibus* também desfrutou de desenvolvimento em outros sistemas jurídicos que influenciaram a experiência brasileira na matéria, como, por exemplo, o alemão. Ao propósito, para uma análise das discussões sobre a influência da denominada cláusula *rebus sic stantibus* na jurisprudência alemã nos iniciais de vigência do BGB, v. KLENCKE, Hermann. *Die clausula rebus sic stantibus in der Rechtsprechung des Reichsgerichts*. Göttingen: Kaestner, 1911, *passim*.

[384] TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Contratos: Teoria Geral. In: TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Volume 3: Contratos. 2. ed., cit., p. 136. Os autores arrematam: "Daí a cláusula em apreço, literalmente traduzida por 'estado assim as coisas', a condicionar a execução das obrigações à manutenção do *status quo* da época da contratação" (Ibid., p. 136). Em sentido similar, v., na doutrina alemã, KÖBLER, Ralf. *Die ‚clausula rebus sic stantibus' als allgemeiner Rechtsgrundsatz*. Tübingen: Mohr, 1991, p. 1-2.

[385] "Passou-se a verificar a existência de alteração no estado fático existente no momento de formação do vínculo entre as partes, visando à sua adequação, apenas configurada com o restabelecimento do equilíbrio entre os contratantes. (...) Assim estão apresentados os contornos do que se convencionou denominar cláusula *rebus sic stantibus*" (EHRHARDT JR., Marcos. *Revisão contratual*, cit., p. 93-94).

situação de recíproco sacrifício e benefício levada em consideração pelas partes no momento de sua conclusão".[386]

A cláusula *rebus sic stantibus* viria a influenciar diretamente outras formulações teóricas dedicadas ao tema das vicissitudes supervenientes à celebração do contrato. Assim sucedeu, em exemplo emblemático, com a chamada teoria da imprevisão,[387] cujo desenvolvimento é usualmente associado à experiência francesa, sobretudo a partir de célebre decisão proferida pelo *Conseil d'État* em 30 de março de 1916,[388] bem como da *Loi Failliot* de 21 de janeiro de 1918.[389]

A preocupação fundamental da teoria da imprevisão, similar àquela que inspirara a enunciação da cláusula *rebus sic stantibus*, consistiria em "prevenir situações de grave desequilíbrio entre as prestações contratadas, apto a gerar severas injustiças no âmbito contratual ao longo do tempo".[390] A teoria em comento buscaria, então, equacionar as vicissitudes supervenientes que, provocadas por eventos imprevisíveis e extraordinários com repercussão para além da álea ordinária assumida pelas partes, viessem a frustrar o equilíbrio contratual.[391] Diante de tal similitude, a doutrina afirma ter sido a cláusula *rebus sic stantibus*, no curso do desenvolvimento das novas formulações, "rebatizada com a pouco elegante

---

[386] MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Volume V, Tomo I, cit., p. 286.

[387] A influência da doutrina da cláusula *rebus sic stantibus* sobre a teoria da imprevisão é destacada, entre outros, por FRITZ, Karina Nunes. Revisão contratual e quebra da base do negócio, cit., p. 10, nota de rodapé n. 32.

[388] "É preciso bem situar os seus pressupostos que foram estabelecidos na célebre decisão do *Conseil d'État* francês que em 30 de março de 1916 pioneiramente admitiu, ao apreciar litígio entre a Prefeitura de Bordeaux e a Compagnie Générale d'Éclairage daquela cidade, relativamente a contrato de concessão de serviços públicos de energia, que seu conteúdo poderia ser revisto em razão de circunstâncias excepcionais e imprevisíveis, que caracterizassem uma 'álea extraordinária' para um dos contratantes" (MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Volume V, Tomo I, cit., p. 289).

[389] A *Loi Failliot* (denominação consagrada pelo próprio portal de legislação da França: https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000869154 . Acesso em 12/10/2021) é assim conhecida em razão de remontar ao Deputado Auguste Gabriel Failliot a autoria do respectivo projeto de lei. O escopo da lei pode ser assim resumido: "Era uma lei de guerra, de caráter transitório, mas que introduziu no ordenamento jurídico um suporte normativo que possibilitou a resolução, por qualquer das partes contratantes, de obrigações de fornecimento de mercadorias e alimentos, contraídas antes de 1º de agosto de 1914, bem assim que ostentassem a natureza sucessiva e continuada, ou apenas diferida" (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos*: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 29).

[390] Assim relatam TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil*. Volume 2. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 224.

[391] Assim leciona Judith Martins-Costa, ao sustentar a incompatibilidade entre a teoria da imprevisão e o art. 317 do Código Civil brasileiro: "Ora, como acima acentuamos, constituem condições de incidência da Teoria [da imprevisão] a imprevisibilidade e a excepcionalidade do evento causador do desequilíbrio, bem como a extraordinariedade da álea causada a um dos contratantes. (...) Como se vê, não é o caso do art. 317 [do Código Civil de 2002], que exige a imprevisibilidade do evento e a 'desproporção manifesta', mas não a excepcionalidade do evento nem a 'extraordinariedade' da álea, apenas a 'desproporcionalidade' (conquanto 'manifesta' e decorrente de evento superveniente e imprevisível) da prestação, considerada entre o momento da pactuação e o da execução" (MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Volume V, Tomo I, cit., p. 290-291).

expressão 'Teoria da Imprevisão ou Superveniência'".[392] Não surpreende, nesse contexto, que a teoria da imprevisão tenha refletido – e intensificado – o viés voluntarista presente já na cláusula *rebus sic stantibus*,[393] o que se evidencia pelo destaque conferido ao requisito da imprevisibilidade para a atuação da teoria em comento.[394]

Situação semelhante – no que diz respeito tanto à tutela do equilíbrio contratual quanto ao viés voluntarista do raciocínio – se identifica também no âmbito da formulação dogmática (mais encontradiça na experiência estrangeira, sobretudo no direito alemão) conhecida como teoria da pressuposição, também caracterizada por acentuado viés voluntarista.[395] Segundo Bernhard Windscheid, geralmente reconhecido como fautor da teoria em comento,[396] a eficácia da declaração de vontade de uma parte estaria implicitamente subordinada à

[392] "Para resguardar os fins contratuais perseguidos, assinalando o ocaso do voluntarismo, vale-se o Direito de numerosos mecanismos, dentre eles, a reedição, sob fundamentações as mais diversas, da cláusula *rebus sic stantibus*, rebatizada com a pouco elegante expressão 'Teoria da Imprevisão ou Superveniência'" (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Contratos: Teoria Geral. In: TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Volume 3: Contratos. 2. ed., cit., p. 137). Em sentido similar, afirma-se, no que diz respeito ao desenvolvimento da cláusula *rebus sic stantibus*: "Apenas com o surgimento das guerras mundiais e dos severos impactos na ordem social e na economia do período é que se promove o seu resgate, desta feita com uma nova abordagem e denominação, passando a se chamar 'teoria da imprevisão'" (EHRHARDT JR., Marcos. *Revisão contratual*, cit., p. 94-95).

[393] A destacar a influência do voluntarismo, sem embargo à aptidão da teoria da imprevisão a produzir justamente efeito (liberação do vínculo) oposto ao ideal rígido de *pacta sunt servanda* caro ao voluntarismo, veja-se a lição de Anderson Schreiber: "É nesse contexto que começam a ser retomados os estudos em torno da cláusula *rebus sic stantibus*, com o desenvolvimento de novas vertentes teóricas que, embora permeadas por elementos que buscavam a adesão do pensamento voluntarista dominante, já traziam em si a fagulha de uma nova visão das relações contratuais" (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 139). O autor prossegue: "Assim, para entender adequadamente essas teorias, faz-se necessário compreender que sua formulação se dá em um momento em que o pensamento voluntarista é ainda amplamente dominante. Por essa razão, seus fundamentos identificam-se, não raro, com os fundamentos do próprio voluntarismo, mas resultam em um efetivo oposto: a mitigação da eficácia vinculante do acordo de vontades. São, nesse sentido, revolucionárias" (Ibid., p. 140).

[394] "Pela própria denominação adotada, verifica-se que para além da constatação da alteração das circunstâncias negociais foi inserido um componente fortemente voluntarista: a imprevisibilidade dos acontecimentos. Registre-se que tal requisito já era considerado pelos defensores da velha cláusula *rebus sic stantibus*, só que sua importância aumenta de intensidade durante a Idade Moderna, devido ao surgimento de diversas teorias que buscavam fundamentar a aplicação da teoria da imprevisão" (EHRHARDT JR., Marcos. *Revisão contratual*, cit., p. 95). Registre-se que, em meio à busca por objetivação do tratamento do equilíbrio contratual, parcela da doutrina contemporânea direciona crítica contundente à exigência de imprevisibilidade cara à teoria da imprevisão: "A esse risco, acrescente-se o apego, de boa parte da doutrina brasileira, à velha teoria da imprevisão, de perfil subjetivo, que não é, nem de longe, a melhor construção a que se pode chegar sob a égide do princípio do equilíbrio contratual. O que melhor sustenta a revisão do contrato não é o caráter imprevisível dos fatos supervenientes que venham a atingir a base do negócio, mas a necessidade elementar de se manter o equilíbrio entre os contratantes, que é radicada no princípio constitucional da igualdade" (MATTIETTO, Leonardo. O princípio do equilíbrio contratual, cit., p. 188).

[395] Para uma crítica ao que considera uma consagração do dogma da vontade pela lavra da jurisprudência italiana sobre a pressuposição, v. BESSONE, Mario. Dogma della volontà, principio di buona fede e integrazione del contratto, cit., p. 351 e ss.

[396] WINDSCHEID, Bernhard. *Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*. Düsseldorf: Julius Buddeus, 1850, *passim*. Do mesmo autor, v., ainda, WINDSCHEID, Bernhard. Die Voraussetzung. *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 78, p. 161-202, 1892, *passim*.

pressuposição, feita por tal declarante, de que as circunstâncias fáticas relativas ao negócio jurídico manter-se-iam inalteradas.[397]

A pressuposição ("*Voraussetzung*") atuaria, assim, como elemento acidental do negócio jurídico,[398] a subordinar a eficácia da declaração de vontade do específico agente declarante à pressuposição implicitamente por ele levada a efeito.[399] Por conseguinte, consoante a conclusão de Windscheid: "Quem tem algo a partir de uma declaração de vontade cuja pressuposição vem a faltar, o tem sem razão".[400] Também a teoria da pressuposição seria movida, tal como as demais formulações analisadas, pelo escopo de recompor o equilíbrio (relativo ao regulamento contratual de interesses) porventura perturbado por circunstâncias posteriores à formação da avença.[401]

A correlação entre o equacionamento das vicissitudes supervenientes à celebração do contrato e a tutela do equilíbrio contratual voltaria a se evidenciar enfaticamente em outras formulações teóricas que, desenvolvidas a partir da cláusula *rebus sic stantibus* e das teorias

---

[397] "*Man kann die Voraussetzung eine unentwickelte Bedingung nennen. Mit dieser hat sie das gemein, dass sie das Rechtsverhältniss, welches durch die Willenserklärung begründet wird, von einem gewissen Zustande der Dinge abhängig macht. Aber sie unterscheidet sich von ihr (...). Wer seinen Willen unter einer Voraussetzung erklärkt, erklärt nicht minder, als derjenige, der unter einer Bedingung zu wollen erklärt, dass das gewollte Rechtsverhältniss nur bei einem gewissen Zustande der Dinge bestehen solle. Aber er begründet es schlecht; er sagt nicht: ich will, wenn der Zustand der Dinge in gewisser Weise sein, oder sich gehalten sollte; oder: wenn er aufhören sollte, in gewisser Weise gestaltet zu sein, will ich nicht gewollt haben"* (WINDSCHEID, Bernhard. *Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, cit., p. 1-2). O autor prossegue: "*So, wenn der vorausgesetzte Zustand der Dinge nicht ist, oder nicht eintritt, oder aufhört zu sein, besteht das durch die Willenserklärung begründete Rechtsverhälltnisse nicht ohne, und doch gegen den Willen des Erklärenden. Ich nenne das: es besteht mit seinem wirklichen, aber gegen seinen eigentlichen Willen*" (Ibid., p. 2). Em tradução livre: "Pode-se denominar a pressuposição uma condição não desenvolvida. O que tem em comum com a condição é que torna a relação jurídica, que se estabeleceu a partir da declaração de vontade, dependente de um certo estado de coisas. Difere, porém, dela (...). Aquele que declara sua vontade sob uma pressuposição não o declara menos do que aquele que declara sua vontade sob uma condição de que a relação jurídica desejada só exista em certo estado de coisas. Mas ele fundamenta mal; ele não diz: eu quero, se o estado das coisas for de uma certa maneira, ou se mantivesse; ou: se deixar de ser de uma certa forma, não quero que tenha sido desejado"; "Assim, se o pressuposto estado de coisas não existe, ou não ocorre, ou deixa de existir, a relação jurídica estabelecida pela declaração de vontade não existe sem, e ainda contra, a vontade do declarante. Eu me refiro assim: existe com sua vontade real, mas contra sua vontade verdadeira".

[398] *"Die gewöhnliche Lehre zählt als diejenigen, durch welche erklärter Wille sich selbst beschränkten kann, Bedingung, Befristung,* modus *auf. Ich glaube dass diese Aufzählung nicht erschöpfend ist, und namentlich, dass an die Stelle des* modus *die Voraussetzung gesetzt werden muss*" (WINDSCHEID, Bernhard. *Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, cit., p. 1). Em tradução livre: "A doutrina ordinária enumera condição, termo, *modus* como aqueles pelos quais a vontade declarada pode se limitar. Acredito que esta lista não é exaustiva e, em particular, que a pressuposição deve passar a ocupar a posição do *modus*".

[399] "Para Windscheid a pressuposição (ato de presumir que o estado das coisas permaneceria constante) limitaria a autonomia dos contratantes, agindo como um elemento acidental do negócio (condição, termo). Desse modo, a vontade declarada somente manteria a sua força caso não ocorressem alterações nas condições fáticas do negócio" (EHRHARDT JR., Marcos. *Revisão contratual*, cit., p. 96).

[400] Tradução livre do original: "*Wer etwas aus einer Willenserklärung hat, deren Voraussetzung ermangelt, hat es ohne Grund (...)*" (WINDSCHEID, Bernhard. *Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, cit., p. 2).

[401] "Desde a cláusula *rebus sic stantibus*, passando pelas teorias da pressuposição e da imprevisão, e tendo alcançado a primorosa idéia de base do negócio, nota-se que a ordem jurídica abriga a preocupação em dotar as partes de mecanismos voltados à recomposição do equilíbrio, quando substancialmente alteradas as circunstâncias do negócio jurídico" (MATTIETTO, Leonardo. O princípio do equilíbrio contratual, cit., p. 190).

da imprevisão e da pressuposição,[402] vieram a influenciar mais diretamente a experiência brasileira. Constituem exemplos emblemáticos do quanto exposto as *teorias da base do negócio jurídico*, cuja influência sobre o sistema brasileiro é identificada pela doutrina nacional desde o período anterior à promulgação do Código Civil de 2002.[403]

Mencione-se, inicialmente, a formulação de Paul Oertmann, usualmente identificado como fautor da *teoria da base subjetiva do negócio jurídico*.[404] Preocupado em compreender em sua totalidade o negócio jurídico, o qual seria "construído sobre certos alicerces dos quais não pode ser totalmente separado",[405] Oertmann reuniu sob a alcunha de *base do negócio* ("*Geschäftsgrundlage*") a representação ("*Vorstellung*") de um figurante, em seu significado conhecida e não impugnada pelo outro figurante, ou a representação comum dos vários figurantes, sobre a existência ou ocorrência de certas circunstâncias nas quais se fundaria a base do negócio.[406] Na hipótese de circunstâncias supervenientes graves e excepcionais alterarem profundamente as circunstâncias em que se formara a base do negócio, atribuir-se-ia

---

[402] Para uma análise da influência da doutrina da cláusula *rebus sic stantibus* sobre as teorias da base do negócio, v. KÖBLER, Ralf. *Die ‚clausula rebus sic stantibus' als allgemeiner Rechtsgrundsatz, cit.,* p. 136 e ss.; e FERRI, Giovanni B. Dalla clausola 'rebus sic stantibus' alla risoluzione per eccessiva onerosità, cit., p. 57.

[403] Nesse sentido, a sustentar que a fundamentação da base objetiva no direito brasileiro encontraria fundamento no princípio da boa-fé objetiva, à época não positivado expressamente pelo Código Civil vigente (o de 1916), veja-se a lição de Clóvis do Couto e Silva: "Ainda que não conste de preceito expresso, ninguém ignora a existência em nosso Direito do princípio da boa-fé aplicável às relações obrigacionais e limite importante ao princípio da autonomia da vontade (...). São amplas as suas funções, pois, como princípio fundamental, ele confere ao juiz poderes para criar novas soluções, dando-lhe um suporte sistemático que afasta o simples julgamento por eqüidade, e determina uma profunda objetivação no conceito de negócio jurídico. Pode-se concluir que a tendência à objetivação do negócio jurídico acabou por determinar a criação do conceito de 'base objetiva do contrato'" (SILVA, Clóvis V. do Couto e. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, a. 79, vol. 655, p. 7-11, maio/1990, p. 9). O autor arremata: "A sua fundamentação sistemática [da base objetiva] está no princípio da boa-fé, podendo o juiz, no caso de rompimento da base objetiva do contrato, adaptá-lo às novas realidades (...)" (Ibid., p. 10). Similar conclusão é alcançada, já à luz da disciplina estabelecida pelo Código Civil de 2002, por FRITZ, Karina Nunes. Revisão contratual e quebra da base do negócio, cit., p. 4 e ss.

[404] "Deve-se a Oertmann a teoria da base do negócio, desenvolvida na monografia *Geschäftsgrundlage*" (GOMES, Orlando. Introdução ao problema da revisão dos contratos. In: *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 98). Advirta-se, por oportuno, que a qualificação expressa da *base do negócio* propugnada por Oertmann como *subjetiva* decorreu mais propriamente das reflexões doutrinárias posteriores do que da formulação original do autor. Nesse sentido, a identificar Oertmann como um dos principais teóricos vinculados à noção subjetiva de base do negócio, v. LARENZ, Karl. *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, cit., p. 29. Some-se a isso a advertência de que não convém adotar com excessivo rigor a divisão didática que aparta a teoria da pressuposição das teorias da base do negócio; afinal, o próprio Karl Larenz, ao sistematizar as teorias subjetiva e objetiva e listar os respectivos formuladores, indica Windscheid (inconteste fautor da teoria da pressuposição), ao lado de Oertmann, entre os autores vinculados à teoria subjetiva da base do negócio (Ibid., p. 29).

[405] Tradução livre de excerto da seguinte passagem original: "*Aber es [das Geschäft] baut sich dem ungeachtet auf gewissen Grundlagen auf, von denen es da, wo dieser Aufbau sich aus dem geschäftlichen Tatbestand ergibt, nicht ohne weltfremden Formalismus vollständig losgelöst werden kann. Von diesen Geschäftsgrundlagen soll meine Arbeit im folgenden handeln*" (OERTMANN, Paul. *Die Geschäftsgrundlage*: ein neuer Rechtsbegriff. Leipzig: Deichert, 1921, p. 25). Em tradução livre: "Mas, independentemente disso, ele [o negócio] é construído sobre certos alicerces dos quais não pode ser totalmente separado, onde essa estrutura resulta dos fatos de negócios, sem formalismo extraterrestre. A seguir, meu trabalho será baseado nessas bases dos negócios".

[406] OERTMANN, Paul. *Die Geschäftsgrundlage*, cit., p. 37.

ao contratante prejudicado o direito à revisão ou à resolução do contrato.[407]

A teoria da base subjetiva do negócio propugnada por Oertmann se centrou deliberadamente na crítica ao caráter unilateral da teoria da pressuposição de Windscheid – a qual, como visto, se pautava na representação individual de apenas um dos figurantes.[408] Segundo a formulação de Oertmann, apenas a representação comum dos figurantes (ou aquela individual conhecida e não refutada pela parte contrária) seria relevante para a configuração da base do negócio.[409] Afastar-se-ia, assim, a inconveniente relevância que, com base na teoria da pressuposição, poder-se-ia ver atribuída aos motivos individuais dos contratantes, na contramão da orientação (consagrada, no direito brasileiro, pelo art. 140 do Código Civil) no sentido da irrelevância do falso motivo individual ocultado pelo agente e não expresso como razão determinante.[410]

Em que pese o esforço deliberado de superação do caráter individualista da pressuposição de Windscheid, a feição acentuadamente subjetivista (conquanto bilateral) assumiu papel de destaque na formulação de Oertmann, o que costuma ser apontado como um dos principais fatores que impulsionaram o desenvolvimento da *teoria da base objetiva do negócio*.[411] A sistematização da matéria, a partir de uma combinação das teorias subjetivas e objetivas, é tributária, em larga medida, da obra de Karl Larenz[412] – não por acaso, identificado como fautor da "teoria mista da base do negócio".[413] A base objetiva seria

---

[407] Assim relata FRITZ, Karina Nunes. Revisão contratual e quebra da base do negócio, cit., p. 11-12.

[408] Veja-se a crítica original de Oertmann ao caráter unilateral da *pressuposição* na doutrina de Windscheid: "*Aus den entwickelten Gründen möchte ich auch das Wort ‚Voraussetzung' vermeiden und durch das hier ständig gebrauchte Wort ‚Geschäftsgrundlage' ersetzt wissen. Die Voraussetzung ist, wie Windscheid den Begriff nun einmal entwickelt hat, Grundlage oder Bestandteil der einzelnen Erklärung, nicht des gesamten beiderseitigen Geschäftesaktes*" (OERTMANN, Paul. *Die Geschäftsgrundlage*, cit., p. 30-31). Em tradução livre: "Pelas razões desenvolvidas, eu também gostaria de evitar a palavra 'pressuposição' e substituí-la pela expressão "base do negócio", aqui constantemente adotada. A pressuposição, conforme Windscheid desenvolveu o termo, é a base ou componente da declaração individual, não do inteiro e bilateral ato negocial".

[409] Ao propósito, v. EHRHARDT JR., Marcos. *Revisão contratual*, cit., p. 96-97.

[410] Tal crítica à teoria da pressuposição de Windscheid é relatada pela doutrina: "A crítica que se lhe fez, à época, foi a de que pretendia, na verdade, dar relevância aos motivos, permitindo pudessem ser objeto de anulação os atos em que as circunstâncias supostas pelas partes não viessem a ocorrer na vigência do contrato" (SILVA, Clóvis V. do Couto e. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro, cit., p. 8).

[411] "A teoria da base subjetiva do negócio jurídico retoma a problemática e a solução propostas por Windscheid, a respeito da relevância jurídica das modificações das 'circunstâncias do contrato' e a aproxima, pois, da noção de erro. Mas, ainda assim, apesar do prestígio que lhe deu Oertmann, não se livrou da crítica de que, através dela, se pretendia introduzir uma hipótese de anulabilidade com base no erro nos motivos" (SILVA, Clóvis V. do Couto e. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro, cit., p. 9).

[412] LARENZ, Karl. *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, cit., *passim*. A relatar que "[a] combinação das teorias subjetivas e objetivas em uma construção unitária e sistemática foi a essência da célebre contribuição de Karl Larenz ao tema da alteração superveniente", v. SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*, cit., p. 479-480.

[413] SCHREIBER, Anderson. Contratos de locação imobiliária na pandemia. *Pensar*, vol. 25, n. 4, p. 1-13, out.-dez./2020, p. 6.

composta pelas circunstâncias – objetivamente apuráveis[414] – existentes no momento da celebração do contrato e decisivas para a formação da vontade negocial. Assim, por exemplo, "circunstâncias de natureza sociais, econômicas, políticas, jurídicas, naturais, tecnológicas, etc., objetivamente existentes no momento da contratação e decisivas para a formação da vontade de contratar",[415] tais como "a ordem econômica do país, o poder aquisitivo da moeda; condições de desenvolvimento do contrato, etc.".[416]

Neste ponto do raciocínio, cumpre destacar que da lição de Larenz se depreende a advertência, por vezes esquecida, no sentido de que a distinção entre base subjetiva e base objetiva não serviria para suplantar-se a primeira, mas sim para adequadamente se delimitarem seus respectivos campos de atuação. A análise da base subjetiva seria relevante em matéria de erro sobre os motivos, no plano do processo de motivação para a formação da vontade declarada.[417] A análise da base objetiva, por sua vez, seria relevante no plano superveniente à celebração do contrato, tendo por referência a (im)possibilidade de consecução da finalidade contratual ou da intenção comum dos contratantes.[418] Tal

---

[414] O viés *objetivo* da análise propugnada pela teoria da base objetiva do negócio é constantemente destacado pela doutrina. Em decorrência desse raciocínio, a sustentar que, a partir do desenvolvimento das teorias da base do negócio, a doutrina alemã logrou superar o dogma da vontade consagrado na teoria da pressuposição, v. BESSONE, Mario. Dogma della volontà, principio di buona fede e integrazione del contratto, cit., p. 351 e ss. Parece possível afirmar que a essa objetivação da análise se associa o entendimento de que a teoria da base objetiva do negócio teria "a característica de dispensar a previsibilidade como característica fundamental para a licitude da revisão ou da resolução contratual" (MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Volume V, Tomo I, cit., p. 291-292), sem embargo da ressalva de que tal perda de centralidade não se confundiria com eventual dispensa absoluta da exigência de imprevisibilidade: "É equivocado pensar que a teoria da base dispensa o requisito da imprevisibilidade. É bem verdade que a (im)previsibilidade não tem a centralidade conferida pela teoria francesa da imprevisão, mas esse elemento é apurado no momento em que o julgador analisa a alocação contratual ou legal dos riscos, exercendo influência sobre o juízo de valor acerca da razoabilidade da revisão" (FRITZ, Karina Nunes. Revisão contratual e quebra da base do negócio, cit., p. 14-15).

[415] FRITZ, Karina Nunes. Revisão contratual e quebra da base do negócio, cit., p. 13. A autora prossegue: "Pode-se dizer que a base do negócio é como uma foto feita com a nostálgica câmera analógica, a qual pode amarelar ou desbotar com o passar dos anos, mas não pode perder a nitidez. Se perde a nitidez, quebra-se a base do negócio" (Ibid., p. 13).

[416] MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Volume V, Tomo I, cit., p. 294. A ilustrar as possibilidades de atuação da teoria em comento, afirma-se: "Como se percebe, comparada com a Teoria da Imprevisão, a Teoria da Base Objetiva supõe pressupostos mais flexíveis, acolhendo aqueles casos em que o desequilíbrio tem como causa a direta intervenção estatal, como ocorre, v.g., na fixação de preços mínimos para determinados produtos ou de 'tetos' para certos serviços" (Ibid., p. 295). Semelhante relato acerca de algumas aplicações da teoria da base objetiva é fornecido por SILVA, Clóvis V. do Couto e. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro, cit., p. 10-11.

[417] LARENZ, Karl. *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, cit., p. 29-30. Para o desenvolvimento da distinção entre base subjetiva e base objetiva, v., por todos, STÖTTER, Viktor. Versuch zur Präzisierung des Begriffs der mangelhaften Geschäftsgrundlage: die rechtstheoretische Bewältigung des Problems der mangelhaften Geschäftsgrundlage in den letzten vier Jahrzehnten. *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 166, p. 149-187, 1966, p. 154 e ss.

[418] Pertinente, ao propósito, o relato fornecido por Anderson Schreiber: "Para Larenz, as duas bases do negócio seguiam disciplinas distintas, pertencendo, à luz da dogmática jurídica, a campos diversos: enquanto a base subjetiva entrava 'no campo dos motivos' e há de se conceber juridicamente dentro da teoria do erro sobre os motivos e dos 'vícios de vontade', a base objetiva do negócio referia-se, ao contrário, 'a questão de se, todavia,

delimitação veio a restar consagrada no BGB a partir da reforma promovida em 2002 pela *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* ("Lei para a Reforma do Direito das Obrigações", em tradução livre), podendo-se associar o § 313, I, e o § 313, II,[419] à base objetiva e à base subjetiva, respectivamente.[420]

Entre as variadas formulações relativas às bases (subjetiva e objetiva) do negócio jurídico, um ponto de convergência se afigura da maior relevância para a investigação ora conduzida: a correlação entre as teorias da base do negócio e a tutela do equilíbrio contratual.[421] Assim, por exemplo, ao se analisar a teoria da base subjetiva de Paul Oertmann, afirma-se que, "cada vez que fatos supervenientes alterassem a representação mental de um dos figurantes do negócio jurídico no momento da conclusão, conhecida e não repelida pelo outro figurante (ou a representação comum deles) no momento da conclusão do ajuste", justificar-se-ia a "adequação para garantia do equilíbrio negocial".[422]

A vinculação com a tutela do equilíbrio contratual se revela de modo ainda mais explícito no âmbito da teoria da base objetiva, que, segundo a doutrina, teria o escopo precisamente de "restabelecer o equilíbrio das prestações em face de um eventual rompimento".[423] A operatividade da teoria da base objetiva do negócio buscaria, assim,

---

pode se realizar o fim do contrato e a intenção conjunta das partes contratantes; há de ser estudada na teoria da inépcia, da impossibilidade superveniente e da consecução do fim'" (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 144).

[419] "*§ 313. Störung der Geschäftsgrundlage. (1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. (2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen*". Em tradução livre: "§ 313. Perturbação da base do negócio. (1) Se as circunstâncias que se tornaram a base do negócio mudarem significativamente após a conclusão do contrato, de modo que as partes não o teriam celebrado ou o teriam com outro conteúdo se houvessem previsto essa mudança, o contrato pode ser revisto na medida em que seja inexigível de uma parte o cumprimento do contrato inalterado, levando-se em consideração todas as circunstâncias do caso individual, em particular a alocação contratual ou legal do risco. (2) Da mesma forma de uma alteração das circunstâncias se regula a hipótese em que representações essenciais, que se tornaram base do contrato, venham a se demonstrar falsas".

[420] V., por todos, FRITZ, Karina Nunes. Revisão contratual e quebra da base do negócio, cit., p. 13, nota de rodapé n. 39.

[421] "Esses desenvolvimentos teóricos contribuíram para permitir condições de interferência sobre o equilíbrio contratual mais flexíveis, por vezes mesmo abrindo mão do requisito da imprevisibilidade do desequilíbrio" (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Contratos: Teoria Geral. In: TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Volume 3: Contratos. 2. ed., cit., p. 137).

[422] EHRHARDT JR., Marcos. *Revisão contratual*, cit., p. 97.

[423] SILVA, Clóvis V. do Couto e. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro, cit., p. 11. Semelhante linha de raciocínio se verifica na doutrina portuguesa, que, ao analisar o art. 473, n. 1, do respectivo Código Civil, afirma: "O nosso legislador entendeu, assim, vantajosa a formulação de cláusulas gerais que permitam à jurisprudência encontrar as soluções justas nos contratos cujo equilíbrio sofreu perturbação iníqua, pela alteração das circunstâncias em que se radicou a respectiva celebração. Indiscutivelmente, partiu da teoria da base do negócio, que completou com um apelo ao princípio da boa fé, para que, aliás, apontava a melhor

promover o "retorno a uma posição saudável de equilíbrio dos contratantes".[424]

O presente raciocínio parece se amoldar diretamente a ao menos uma das principais questões relacionadas à perturbação da base do negócio ("*Störung der Geschäftsgrundlage*", em alemão),[425] qual seja: a perturbação da relação de equivalência ("*Störung des Äquivalenzverhältnisses*" ou simplesmente "*Äquivalenzstörung*").[426] Segundo explicitado pela formulação de Larenz, configurar-se-ia grave perturbação da base objetiva do negócio quando restasse destruída a relação de *equivalência* estabelecida pelo contrato.[427] A teoria da base objetiva do negócio legitimaria a intervenção judicial, assim, diante do desparecimento da base do negócio, a restar configurada "quando a relação de equiponderância entre prestação e contraprestação resta deteriorada em tão grande medida que não se pode mais, 'de modo compreensível', falar de 'contraprestação'".[428]

Como se pode perceber, a análise da disciplina codificada sobre a onerosidade excessiva, bem como das principais formulações teóricas correlatas empenhadas no

---

doutrina" (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. 3. reimpr. Coimbra: Almedina, 2014, p. 335). O autor arremata: "O critério da anormalidade da alteração coincide nos resultados, via de regra, com o da imprevisibilidade. Porém, aquele afigura-se mais amplo do que este, permitindo, razoavelmente, conjugado com a boa fé, estender a resolução ou modificação a certas hipóteses em que alterações anormais das circunstâncias, posto que previsíveis, afetem o equilíbrio do contrato" (Ibid., p. 338).

[424] MATTIETTO, Leonardo. O princípio do equilíbrio contratual, cit., p. 184.

[425] A propósito, v., por todos, na doutrina contemporânea, RÖSLER, Hannes. Störung der Geschäftsgrundlage nach der Schuldrechtsreform. *Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht/Zeitschrift für Vertragsgestaltung, Schuld- und Haftungsrecht*, n. 10, p. 383-391, 2003, *passim*.

[426] Os grupos de casos de aplicação da teoria da base do negócio podem ser assim sistematizados: "Durante o desenvolvimento da teoria da base do negócio, doutrina e jurisprudência alemãs formaram três grupos de casos: (i) quebra da equivalência das prestações (*Äquivalenzstörung*); (ii) dificuldade de prestar (*Leistungserschwernisse*) e (iii) perturbação do fim do contrato (*Zweckstörung*)" (FRITZ, Karina Nunes. Revisão contratual e quebra da base do negócio, cit., p. 16). Ao propósito, v., ainda, SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 144. Vale destacar que, como se pode notar, Larenz propôs o equacionamento da problemática da frustração do fim do contrato a partir da teoria da base objetiva do negócio, tendo elaborado um item específico sobre "a inacessibilidade da finalidade do contrato" ("*Die Unerreichbarkeit des Vertragszwecks*" – v. LARENZ, Karl. *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, cit., p. 114 e ss.), com advertência fundamental de que a finalidade relevante para essa análise deveria ser não aquela particular de uma das partes, mas sim "a finalidade contratual conjunta e, nesse sentido, objetiva" (Ibid., p. 129). Tradução livre de excerto da seguinte passagem original: "*Die Unmöglichkeit der Zweckerreichnung kann nur dann den Bestand des Vertrages selbst berühren, wenn es sich nicht nur um den Zweck einer Partei, sondern um dem gemeinsamen und in diesem Sinne objektiven Vertragszweck handelt*". Para uma análise pormenorizada sobre a aplicabilidade da doutrina da frustração do fim do contrato no direito brasileiro, remete-se a MARINHO, Maria Proença. *Frustração do fim do contrato*. Indaiatuba: Foco, 2020, *passim*; e COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato*: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, *passim*.

[427] LARENZ, Karl. *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, cit., p. 113. Para o desenvolvimento da análise acerca da compreensão do problema da perturbação da base do negócio como uma questão de perturbação da relação de equivalência, v. , ainda, STÖTTER, Viktor. Versuch zur Präzisierung des Begriffs der mangelhaften Geschäftsgrundlage, cit., p. 181; e WOLLNY, Rainar-Maria. *Die tatbestandliches Voraussetzungen der Geschäftsgrundlage*, cit., p. 51 e ss.

[428] MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Volume V, Tomo I, cit., p. 292.

equacionamento das vicissitudes supervenientes à formação do contrato,[429] permite identificar valiosos subsídios para a compreensão do papel desempenhado pelo princípio do equilíbrio contratual no direito brasileiro. O destaque conferido a tais normas e formulações teóricas no estudo do equilíbrio contratual não impede (antes aconselha), contudo, que se faça breve menção a outra disposição normativa que igualmente se ocupa de regular hipóteses em que circunstâncias supervenientes à formação da avença venham a comprometer o equilíbrio depreendido do programa contratual originário validamente concebido.

Trata-se da previsão contida na parte final do art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor, que, entre os direitos básicos do consumidor, assegura "a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou *sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas*" (grifou-se). A correlação de tal previsão com a tutela do equilíbrio contratual, que se poderia extrair da usual associação do referido dispositivo com a supramencionada teoria da base objetiva do negócio,[430] costuma ser evidenciada enfaticamente pela doutrina.[431]

Por exemplo, alude-se à "inclusão da revisibilidade dos contratos no domínio das relações de consumo por desequilíbrio superveniente à conclusão do ajuste".[432] Fala-se, ainda, que "[a] onerosidade excessiva é central na doutrina eleita pelo CDC para regular os casos de alteração das circunstâncias", uma vez que "[s]ua ocorrência é que torna visível o desequilíbrio econômico do contrato".[433] Ao tratar dos requisitos para a incidência da revisão nos termos da disciplina consumerista, afirma-se que "[n]o âmbito do CDC, é dispensado o

---

[429] Às quais se poderia acrescentar, por exemplo, a proposição teórica acerca da admissibilidade da resolução dos contratos de longa duração pela quebra da confiança (com inspiração na "*termination for compelling reasons*" da experiência anglo-saxã), conforme propugnado por MOREIRA, Rodrigo Cavalcante. *A resolução do contrato de longa duração pela quebra da confiança*, cit., *passim* e, em especial, capítulo 7.

[430] V., por todos, MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, cit., p. 222-223. Tal associação não passa incólume a críticas: "O código consumerista não exige que o fato superveniente seja imprevisível, razão pela qual a jurisprudência brasileira tem insistido em enxergar ali uma concretização da teoria da base do negócio jurídico, embora não se possa identificar no dispositivo legal mencionado [art. 6º, V, do CDC] nenhum elemento típico das construções teóricas de Oertmann ou Larenz" (SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*, cit., p. 486).

[431] "A norma do art. 6.º do CDC avança, em relação ao Código Civil (arts. 478-480 – Da resolução por onerosidade excessiva), ao não exigir que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível. Apenas exige a quebra da base objetiva do negócio, a quebra do seu equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência entre prestações, o desaparecimento do fim essencial do contrato" (MARQUES, Claudia Lima. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 84). V., ainda, por todos, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 31-32; e FONSECA, Patricia Galindo da. *Direito do consumidor*. Niterói: Eduff, 2017, p. 100.

[432] MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Volume V, Tomo I, cit., p. 281-282.

[433] RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A revisão judicial dos contratos de consumo no Brasil. In: SILVA, Jorge Bacelar Gouveia e Heraldo de Oliveira (Coord). *I Congresso Luso-Brasileiro de Direito*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 75.

requisito da imprevisibilidade do fato que altera o equilíbrio da relação obrigacional".[434]

Convém esclarecer que o destaque ora conferido à parte final do art. 6º, V, do CDC se justifica pela circunstância de ser ela o trecho da disposição que se ocupa efetivamente da tutela do equilíbrio contratual (no plano superveniente, portanto), como visto acima, o que se evidencia pela menção da redação legal à perturbação da relação originária "em razão de fatos supervenientes".[435] A parte inicial do dispositivo, por sua vez, contempla comando relativo à valoração da legitimidade originária da avença (no plano originário),[436] em autêntico controle de validade, à semelhança do que sucede na disciplina da lesão no âmbito das relações paritárias.[437]

Tais percepções não devem ser ofuscadas pela diversidade nominal entre *modificação* e *revisão*, escolhas redacionais às quais não se deve atribuir significado maior do que uma tentativa de diferenciação didática entre os remédios de acordo com o seu âmbito de incidência.[438] A *modificação* a que alude o legislador consumerista consiste em remédio incidente no plano originário, por ocasião do controle de legitimidade (validade) da avença,[439] ao passo que a *revisão* (a ser mais detidamente analisada no item 3.2, *infra*) consiste em remédio incidente no plano superveniente, a tutelar eventual desequilíbrio contratual. Não se

---

[434] FERREIRA, Antonio Carlos. Revisão judicial de contratos: diálogo entre a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 1, p 27-39, out.-dez./2014, item 2.

[435] "Na parte final do século tornou-se particularmente importante o contributo do Direito do Consumidor. Assim, o Código de Protecção e Defesa do Consumidor brasileiro, no art. 6, V, integra entre os direitos do consumidor: – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais; e – a revisão dessas em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. No segundo caso, temos uma previsão legal da alteração das circunstâncias" (ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. *Revista CEJ*, n. 25, p. 59-69, abr.-jun./2004, p. 61).

[436] A distinção entre os suportes fáticos da parte inicial e da parte final do dispositivo em comento é elucidada pela doutrina especializada: "Alguns aspectos sobre o modo como o legislador brasileiro estabeleceu a regra em questão [art. 6º, V, do CDC] são de exame valioso ao intérprete. Primeiro, note-se que o direito abrange duas situações distintas: a modificação de cláusulas contratuais desproporcionais, ou a sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. Ou seja, com relação às cláusulas contratuais que desde a celebração violem o equilíbrio do contrato, facultam-se duas possibilidades ao consumidor: 1) sua revisão e modificação, nos termos do art. 6º, V. Já no que se refere a um desequilíbrio que se identifique posteriormente, em razão de fato superveniente à celebração do contrato que torne as prestações excessivamente onerosas, temos uma segunda hipótese de revisão" (MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, cit., p. 219).

[437] Em sentido contrário, a sustentar que a *modificação* prevista na parte inicial do art. 6º, V, do CDC não estaria vinculada a uma invalidade negocial, afirma-se: "Daí porque, ao consagrar como direito básico do consumidor a modificação das cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais, independente da demonstração de qualquer requisito de natureza subjetiva, o legislador teve por objetivo assegurar o equilíbrio econômico do contrato desde sua celebração, sem a necessidade de sua desconstituição ou invalidação, mas apenas pela correção das mesmas, destacando finalidade de manutenção do contrato de consumo" (MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, cit., p. 220).

[438] A doutrina nacional usualmente alude indistintamente, em caráter de sinonímia, à *revisão* e à *modificação*, como relata MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Revisão contratual*, cit., p. 19.

[439] "Ou seja, com relação às cláusulas contratuais que desde a celebração violem o equilíbrio do contrato, facultam-se duas possibilidades ao consumidor: 1) reclamar a decretação de sua nulidade, com fundamento no artigo 51 do CDC, ou 2) requerer sua revisão e modificação, nos termos do artigo 6º, V" (MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, cit., p. 219).

desconhece o caráter relativamente inédito do termo *modificação* no quadro geral de remédios cabíveis diante de invalidades negociais, matéria na qual se costuma falar, por exemplo, em *redução* e *conversão* do negócio jurídico,[440] mas não usualmente em *modificação*. A relativa escassez de debates nessa matéria justifica que a doutrina avance em reflexões sobre o sentido e, sobretudo, os limites de atuação do remédio da modificação no contexto geral das invalidades negociais – o que, de todo modo, escaparia ao escopo da presente tese.

A análise até aqui empreendida, tomando por base tanto a disciplina codificada acerca da onerosidade excessiva (e as correlatas formulações teóricas presentes na doutrina nacional) quanto outras disposições normativas que buscam equacionar vicissitudes supervenientes à formação do contrato, propicia a identificação de que a compreensão do princípio do equilíbrio contratual não se amolda propriamente nem à formulação autorreferenciada nem à formulação heterorreferenciada (v. itens 1.1 e 1.2, *supra*). Reconhece-se, assim, que da inaptidão de tais formulações para a explicação do princípio do equilíbrio contratual no direito brasileiro (v. item 1.3, *supra*) decorre, ato contínuo, a inadequação de tais construções para o equacionamento da problemática na qual se afigura mais relevante a atuação do princípio em comento – a tutela das vicissitudes supervenientes à formação do contrato.

De fato, a análise das disposições normativas e construções teóricas em matéria de equilíbrio contratual impõe a constatação de que a tutela do equilíbrio contratual no plano superveniente não se coaduna com qualquer das aludidas formulações tradicionais sobre o equilíbrio. Por um lado, a tutela do equilíbrio contratual no plano superveniente não se traduz na busca por um ideal aritmético de equivalência ou proporcionalidade econômica entre prestações (como se estivesse a atuação do intérprete orientada à busca por tal proporcionalidade que, como visto, não constitui um valor agasalhado *per se* – v. item 1.3, *supra*), o que estaria associado à formulação heterorreferenciada. Por outro lado, a tutela do equilíbrio diante das vicissitudes supervenientes tampouco se traduz na busca pelo cumprimento estrito do arranjo decorrente da vontade dos declarantes (arranjo esse que tomasse a vontade dos particulares como único parâmetro para a valoração da própria vontade declarada e que desconsiderasse o fenômeno da heterointegração dos contratos), o que estaria associado à formulação autorreferenciada.

[440] Trata-se dos subprincípios por meio dos quais costuma se manifestar o princípio da conservação do negócio jurídico na seara das invalidades negociais: "Embora se cogite da aplicação do princípio de forma autônoma, isto é, pela simples manutenção de alguns ou de todos os efeitos do negócio em decorrência da ponderação dos interesses em jogo no caso concreto, a conservação do negócio jurídico é mais frequentemente invocada na forma de aplicações especificamente previstas em lei, particularmente no que tange a dois subprincípios, a saber, o da conversão do negócio jurídico e o da redução do negócio jurídico" (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., p. 299).

Em realidade, o ponto de convergência que se extrai da análise empreendida pode ser assim sintetizado: a tutela do equilíbrio contratual no plano superveniente se traduz na promoção da máxima efetividade do programa contratual de interesses originária e validamente entabulado pelas partes. O princípio do equilíbrio contratual não desempenha, portanto, um papel de indicar parâmetros para a valoração da legitimidade da avença entabulada pelas partes. A esse mister se dedicam precipuamente, entre tantas outras disposições formativas e construções teóricas, as formulações autorreferenciada e heterorreferenciada "do equilíbrio" (que mais adequadamente se poderiam dizer "da equivalência" ou "da proporcionalidade"). Essa parece ser, aliás, a maior (e extremamente relevante) contribuição de ambas as referidas linhas de abordagem: fornecer critérios que, com as ressalvas já expostas (v. item 1.3, *supra*), podem servir para a perquirição da legitimidade do programa contratual a ser promovido. De fato, tal ordem de valoração se situa no contexto da promoção do juízo de (in)validade sobre o ato, cuja feição própria (vinculada necessariamente ao plano originário) sequer se coadunaria com análises que levassem em consideração circunstâncias posteriores à formação da avença.[441]

Nesse contexto, a investigação da *justiça contratual* (expressão ora adotada para se fazer menção à análise da legitimidade originária da avença à luz dos critérios consagrados para tanto pelo ordenamento jurídico) consiste em um *prius* em relação à atuação do princípio do equilíbrio contratual. Advirta-se, por oportuno, que tal análise de legitimidade não se pode perfazer a partir de raciocínio meramente subsuntivo, restrito à aplicação silogística das causas de invalidade pré-dispostas pelo legislador. Cumpre ao intérprete-aplicador do direito, ao revés, reconhecer a indissociável carga valorativa presente no juízo de (in)validade dos atos de autonomia privada,[442] cuja complexidade inerente é ainda mais intensificada pela complexidade do próprio programa contratual a ser valorado no momento originário (e, em caso positivo, promovido na fase dinâmica).[443]

---

[441] Precisamente por tais razões, sedimentou-se na doutrina nacional o entendimento pela impossibilidade de se reconhecerem *nulidades supervenientes*. Afirma-se, assim, que "(...) não existe causa de nulidade superveniente à realização do ato. Se o contrato surge sem qualquer vício, não se cogita de causa de invalidade posterior, nem mesmo com a superveniência de lei nova. A ineficácia superveniente dos contratos há de decorrer, então, da aplicação de outros institutos (pense-se na resolução contratual por excessiva onerosidade ou em decorrência do inadimplemento absoluto, por exemplo)" (SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual, cit., p. 22-23). Nesse sentido, v., ainda, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Invalidade e ineficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*, vol. 15, jul./2003, item 6; e PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 323).

[442] Em feliz síntese, afirma-se que "a *ratio essendi* da invalidade negocial consiste no controle valorativo dos efeitos do ato" (SOUZA, Eduardo Nunes de. Uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico: proposta de modulação dos efeitos de atos nulos e anuláveis. *Civilistica.com*, a. 6, n. 1, p. 1-48, 2017, p. 15).

[443] Para o desenvolvimento da análise acerca da complexidade da relação obrigacional, v., por todos, a KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição, cit., p. 220 e ss. Ao

Essa complexidade do programa contratual se manifesta pela circunstância de a sua composição levar em consideração, para além do caráter comutativo ou aleatório[444] da relação estabelecida entre polos prestacionais contrapostos[445] (e não apenas entre as prestações principais a cargo de cada parte),[446] fatores como: (i) o específico grau de onerosidade ou gratuidade da avença; e (ii) a alocação de riscos legitimamente definida pelas partes.[447] Ambos os pontos desencadeiam repercussões relevantes em matéria de definição do regime jurídico incidente em matéria de vicissitudes contratuais supervenientes.

Do primeiro ponto destacado decorre a necessidade de se levar em consideração, para a análise do grau de onerosidade ou gratuidade, a concreta relação entre os sacrifícios econômicos assumidos pelas partes no âmbito da equação econômica global da organização de interesses,[448] inclusive em atenção a eventuais desproporcionalidades aritméticas ou

---

propósito, seja consentido remeter, ainda, a SILVA, Rodrigo da Guia. Em busca do conceito contemporâneo de (in)adimplemento contratual: análise funcional à luz da boa-fé objetiva. *Revista da AGU*, vol. 16, n. 2, p. 293-322, abr.-jun./2017, p. 297-305.

[444] Não por acaso, identifica-se a "coligação entre (...) a comutatividade e o equilíbrio econômico dos contratos" como "índice de sua própria causa ou função" (TEPEDINO, Gustavo. O papel da hermenêutica contratual na manutenção do equilíbrio econômico dos contratos, cit., p. 462). Ainda a explicitar a íntima correlação entre as noções de *comutatividade*, *análise funcional* e *equilíbrio*, o autor esclarece: "A correspectividade ou comutatividade consiste no liame funcional entre as obrigações reciprocamente assumidas pelos contratantes. Trata-se do sinalagma que, por indicar o escopo funcional, revela o equilíbrio pretendido entre as prestações" (Ibid., p. 461).

[445] Para o desenvolvimento da análise acerca da relevância da noção de *polos prestacionais* no âmbito da dogmática contratual, seja consentido remeter a SILVA, Rodrigo da Guia. Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido, cit., item 4. Como propugnado naquela sede: "Assim como a relação jurídica tem polos do ponto de vista subjetivo (os *centros de interesse*), também o centro de imputação objetiva deve ser analisado de modo global, como núcleo agregador de prestações das mais diversas naturezas. O recurso à expressão *polos prestacionais* pretende, portanto, destacar que o objeto (ou elemento objetivo) da obrigação, tal como o elemento subjetivo, assume contornos mais complexos do que normalmente se afirma, sem os quais não se pode compreender o fenômeno obrigacional em sua plenitude" (Ibid., p. 66. Grifos no original).

[446] Ao propósito, v., por todos, CANARIS, Claus-Wilhelm. Wandlungen des Schuldvertragsrechts, cit., p. 285.

[447] "A alocação de riscos constitui expressão de exercício merecedor de tutela da autonomia negocial. Por este mecanismo, assegura-se previsibilidade à relação contratual, em importante garantia de segurança jurídica" (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. Alocação de riscos contratuais entre a Lei de Liberdade Econômica e a boa-fé objetiva. In: COELHO, Fábio Ulhoa; TEPEDINO, Gustavo; LEMES, Selma Ferreira (Coord.). *A evolução do direito no século XXI*. Seus princípios e valores – ESG, liberdade, regulação, igualdade e segurança jurídica. Homenagem ao Professor Arnoldo Wald. Volume 2. São Paulo: Editora IASP, 2022, p. 113).

[448] Assim adverte Emilio Betti: "*Non è infatti ammissibile una cooperazione se non su un piano di parità e reciprocità fra i consociati, che tenga conto di quella che, ripetiamo, era, secondo ogni ragionevole previsione, la valutazione comparativa del costo e del rendimento, di quello che era il peso, il sacrificio, l'onere economico della prestazione in confronto del corrispondente vantaggio, di quella che era la complessiva economica dell'assetto d'interessi previsto nel contratto*" (BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione. Volume 1. Milano: Giuffrè, 1953, p. 194). Em tradução livre: "Não é de fato admissível uma cooperação se não sobre um plano de paridade e reciprocidade entre os consorciados, que tenha em conta aquela que era, segundo qualquer razoável previsão, a valoração comparativa do custo e do rendimento, daquilo que era o peso, o sacrifício, o ônus econômico da prestação em confronto com a correspondente vantagem, daquela que era a equação econômica global da organização de interesses prevista no contrato".

mesmo liberalidades presentes na equação contratual.[449] Tal caráter intrinsecamente relacional (e objetivo)[450] há de ser assumido por ocasião da investigação de eventual desequilíbrio no curso da execução (i.e., eventual desvio entre a execução concreta e a rota traçada pelo programa contratual originário).

A partir de tais premissas, convém afastar-se de construções em matéria de onerosidade excessiva que, a pretexto de objetivarem a análise das vicissitudes supervenientes ou de supostamente seguirem a orientação indicada pela literalidade de eventual disposição legal,[451] se pautem na análise isolada da onerosidade de cada prestação individualmente considerada.[452] Cumpre, ao revés, partir da premissa de que o equilíbrio a ser promovido não é depreendido da análise individualizada e avulsa da prestação a cargo de cada parte, mas sim, entre outros fatores,[453] da análise dinâmica acerca das peculiaridades do vínculo estabelecido entre polos prestacionais contrapostos no âmbito da relação contratual concretamente considerada.[454] Trata-se, como visto, de análise dinâmica, sem a qual não se logra levar em

---

[449] "Havendo uma proporção ou equilíbrio que as partes estabeleceram entre si, é essa equação que deve ser determinante. É essa que é necessário antes de tudo preservar. Até mesmo onde houver um elemento de liberalidade, ou um desequilíbrio livre e conscientemente aceito, continua a ser essa proporção a base da vinculatividade do negócio. Em caso de alteração das circunstâncias, a preservação do negócio consiste na preservação desse posicionamento recíproco básico. Haverá que recompor o equilíbrio substancial que as partes pretenderam, e não insistir em poderes ou vinculações que deixaram de se justificar" (ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil, cit., p. 67).

[450] Em sentido similar, afirma-se: "*Il criterio di raffronto per la valutazione dei termini effettivi dell'eccessiva onerosità della prestazioni va infatti espresso attraverso una considerazione comparativa tra l'iniziale rapporto tra le prestazioni e quello oggettivamente presente al momento dell'adempimento del contrato, così da avere, in termini chiari e concreti, la visione dell'alterazione dell'originario equilibrio contrattuale*" (GABRIELLI, Enrico. Rimedi giudiziali e adeguamento del contenuto del contrato alle mutate circostanze di fatto, cit., p. 60). Em tradução livre: "O critério de comparação para a avaliação dos termos efetivos da excessiva onerosidade deve, de fato, ser expresso através de uma consideração comparativa entre a relação inicial entre as prestações e aquela objetivamente presente no momento do adimplemento do contrato, de modo a se ter, em termos claros e concretos, a visão da alteração do equilíbrio contratual originário".

[451] Deve-se evitar, assim, eventual exegese dos arts. 317 e 478 do Código Civil que afaste o caráter relacional ora propugnado em razão de uma suposta inclinação dos dispositivos por uma análise avulsa de cada prestação individualmente considerada – o que se poderia vir a associar às expressões "desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução" (art. 317) e "se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa" (art. 478).

[452] A ilustrar o raciocínio ora criticado, veja-se: "A análise sobre a excessiva onerosidade da prestação não deve levar em conta a contraprestação, mas deve, sim, analisar a própria obrigação que se tornou excessivamente onerosa no momento da celebração do contrato *versus* o momento de sua execução, nos mesmos moldes da análise a ser feita nos casos de contratos unilaterais" (SCHUNCK, Giuliana Bonanno. Onerosidade excessiva e contratos aleatórios, cit., p. 90).

[453] A ressalva se justifica para que não se incorra no equívoco de se resumir a noção de equilíbrio à relação estabelecida entre prestação e contraprestação, o que redundaria na impossibilidade de se recorrer à chave conceitual do equilíbrio, por exemplo, na seara dos contratos unilaterais (como se verifica, por exemplo, em TERRANOVA, Carlo G. L'eccessiva onerosità nei contratti, cit., p. 43 e ss.). Em realidade, depreende-se da análise do programa contratual de interesses, em toda a sua complexidade, o equilíbrio contratual, o qual, portanto, se manifesta (e deve ser preservado) na generalidade das relações contratuais.

[454] Semelhante conclusão é alcançada pela doutrina italiana em matéria de onerosidade excessiva, a partir de uma distinção entre a análise ser promovida no âmbito dos contratos unilaterais e aquela a ser promovida no âmbito dos contratos sinalagmáticos. Nesse sentido, v. TERRANOVA, Carlo G. L'eccessiva onerosità nei contratti, cit., p. 46.

consideração a complexidade do equilíbrio contratual, depreendido não apenas do que se poderia referir por "equilíbrio econômico do contrato", mas da inteira relação contratual, "identificada no regulamento capaz de conciliar os interesses contrapostos das partes".[455]

O raciocínio ora propugnado vai ao encontro do entendimento, consagrado na civilística nacional, acerca da irrelevância, *a priori*, da alteração de circunstâncias subjetivas das partes (de que constituem exemplos emblemáticos a perda de emprego, a queda no padrão remuneratório ou mesmo dificuldades relativas a questões de saúde),[456] ou mesmo da redução dos lucros e vantagens econômicas que cada uma das partes esperasse extrair do contrato,[457]

[455] "O equilíbrio das posições contratuais não abarca apenas a aferição do equilíbrio econômico do contrato. Cuida-se de análise mais ampla da relação contratual, identificada no regulamento capaz de conciliar os interesses contrapostos das partes" (TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 11, p. 95-113, jan.-mar./2017, p. 107, nota de rodapé n. 29).

[456] "A aferição do desequilíbrio contratual superveniente deve, assim, restar exclusivamente centrada sobre aspectos objetivos, vinculados ao objeto do contrato, independentemente de encontrarem ou não razão mediata ou imediata em características subjetivas dos contratantes" (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 213). O autor fornece valioso exemplo de aplicação do presente raciocínio ao tratar das locações residenciais no contexto da pandemia da Covid-19: "O contrato de locação residencial não sofre, em regra, nenhum efeito em virtude da pandemia. Não há que se falar em impossibilidade das prestações: ceder o uso e gozo do imóvel para fins residenciais continua sendo possível (jurídica e materialmente), assim como continua sendo possível, no mesmo sentido, pagar aluguel. A possibilidade da prestação é, como se sabe, aferida em abstrato. Evidentemente, o locatário pode experimentar, em virtude da pandemia, dificuldade para pagar o aluguel, por força de fatores externos ao contrato de locação, como a suspensão do seu contrato de trabalho, a sua demissão ou, de modo mais geral, a redução de sua receita. O dentista, por exemplo, que deixa de atender pacientes durante a pandemia e sofre drástica redução de seus ganhos pode viver dificuldades para pagar o aluguel, chegando até a ruína. Essas dificuldades não configuram, tecnicamente, impossibilidade da prestação que lhe compete (pagamento do aluguel) e nem mesmo desequilíbrio do contrato de locação. As dificuldades subjetivas (pessoais) do locatário não se qualificam como excessiva onerosidade para fins de revisão do contrato de locação" (SCHREIBER, Anderson. Contratos de locação imobiliária na pandemia, cit., p. 2). Na mesma linha de sentido, afirma-se, também em investigação a propósito de eventuais repercussões da pandemia da Covid-19 sobre o equilíbrio contratual: "É possível, ainda, que a pandemia não atinja diretamente determinada relação contratual, mas comprometa, de maneira geral, a situação patrimonial do contratante, reduzindo, assim, sua aptidão para honrar as obrigações assumidas, as quais não necessariamente tiveram seu equilíbrio intrínseco comprometido com a pandemia. Seria o caso, por exemplo, do indivíduo que perde seu emprego ou fontes de renda em razão da pandemia ou de uma empresa que tem suas receitas suspensas ou significativamente reduzidas por força da crise sanitária. Nestes casos, a pandemia atinge o sujeito da relação contratual e não a relação contratual em si. Conforme entendimento doutrinário clássico, para a aplicação dos remédios da excessiva onerosidade previstos nos artigos 478 e 317 do Código Civil, não é suficiente que o evento superveniente perturbador do equilíbrio contratual, ainda que dramático, se manifeste na esfera individual do contraente, devendo ser dotado de generalidade. A situação patrimonial subjetiva do contratante não se mostra, portanto, hábil a deflagrar a incidência da teoria da excessiva onerosidade" (TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato; DIAS, Antônio Pedro. Contratos, força maior, excessiva onerosidade e desequilíbrio patrimonial, cit.).

[457] As reflexões suscitadas pela pandemia da Covid-19 serviram, uma vez mais, para a reiteração da advertência pela doutrina: "Registre-se que, assim como na locação residencial, eventuais dificuldades que o locatário possa experimentar no cumprimento dessa prestação por força da redução de seus ganhos dizem respeito não à prestação em si, mas à sua própria economia. Evidentemente, sua capacidade financeira pode estar sendo afetada justamente pela frustração da receita que ele esperava aferir por meio da combinação de diversos fatores, entre os quais se inclui o uso e gozo do imóvel. Isso, contudo, não tornam impossíveis ou desequilibradas as prestações do contrato de locação comercial. Por exemplo, se uma loja vai mal e não vende porque os consumidores não a procuram naquele mês do ano, porque houve muitas chuvas (evento da natureza, como é, nesse sentido, a pandemia) e poucas pessoas saíram de casa (por decisão própria ou porque a Prefeitura recomendou que ficassem em suas casas), porque, em virtude de Olimpíadas em um país vizinho, todos viajaram, ou porque há uma recessão econômica derivada de alguma razão qualquer, esses são fatores que não

para a aferição do equilíbrio no curso da execução do contrato.[458] Dessa advertência não se deve extrair, todavia, eventual conclusão no sentido da absoluta irrelevância de todo e qualquer agravamento da dificuldade de prestar.[459] Em realidade, embora se impute

---

afetam a possibilidade jurídica da prestação de pagar aluguel, nem dão ensejo ao desequilíbrio superveniente do contrato de locação se o valor do imóvel permanecer estável. O problema aqui, em suma, não está nas prestações que seguem em equilíbrio e cujo cumprimento continua sendo possível. O problema está na frustração do fim do contrato" (SCHREIBER, Anderson. Contratos de locação imobiliária na pandemia, cit., p. 5).

[458] Nesse sentido, afirma-se, em análise do art. 317 do Código Civil: "A 'desproporção manifesta' é sempre referida à prestação considerada objetivamente, e não à situação subjetiva na qual se encontra o devedor cujas dívidas derivadas de outras relações obrigacionais tenham, por hipótese, aumentado" (MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Volume V, Tomo I, cit., p. 305). V., ainda, MIRAGEM, Bruno. *Direito civil*: direito das obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 356. Em sentido similar, afirmava-se já sob a égide do Código Civil de 1916, ao tratar da exoneração da responsabilidade do devedor diante do caso fortuito: "Essencial, ainda, para que o caso fortuito produza o efeito de isentar o devedor da responsabilidade pela inexecução completa ou parcial da obrigação é que o evento tenha como consequência a impossibilidade de executar por parte do obrigado. Da necessidade de haver uma impossibilidade absoluta ou objetiva para verificar-se a resolução da obrigação, deduzem os mestres estas consequências: (...) b) a impossibilidade decorrente apenas das condições pessoais do obrigado, sem relação necessária com a própria prestação, de modo que não existiria para outro homem, colocado em análogas condições exteriores de tempo, lugar e meio, tendo-se em vista a natureza da própria prestação, de modo a constituir assim um impedimento meramente subjetivo, não permite possa o evento liberar o devedor" (CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado*. Volume XIV: direito das obrigações (arts. 1.037-1.078). 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 243-244). A ilustrar o entendimento da doutrina italiana no mesmo sentido ora propugnado – em compatibilidade com a feição deliberadamente objetiva da teoria italiana da excessiva onerosidade (como relata SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 156-157) –, v. por todos, MAIELLO, Paola. Artt. 1.467 [verbete], cit., p. 859-860.

[459] Registre-se, por oportuno, a possibilidade, *a priori*, de a intervenção legislativa estabelecer alguma ordem de relevância para tais alterações em circunstâncias subjetivas atinentes a algum dos contratantes. Assim sucede, por exemplo, com a Lei nº. 14.216/2021, que estabelece regras próprias para certos aspectos (em especial, normas sobre admissibilidade da denúncia e incidência da multa contratual) atinentes a contratos de locações que tenham "findado em razão de alteração econômico-financeira decorrente de demissão, de redução de carga horária ou de diminuição de remuneração que resulte em incapacidade de pagamento do aluguel e dos demais encargos sem prejuízo da subsistência familiar" (art. 5º, *caput*). Sem prejuízo do necessário controle de constitucionalidade dessa sorte de previsão normativa (como de qualquer outra, por certo), há de se reconhecer que tal intervenção do legislador não promove a tutela do equilíbrio contratual (que, como visto, tende a não sofrer impacto por alterações das circunstâncias subjetivas dos contratantes), mas sim a proteção das partes em potencial situação de vulnerabilidade. Assim já destacava Anderson Schreiber ao tratar de previsão similar contida no art. 10 do Projeto de Lei nº. 1.179 (que foi suprimido e não veio a ingressar na redação final da Lei nº. 14.010/2020, instituidora do Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado no período da pandemia do coronavírus (Covid-19): "Independentemente da opinião de cada um a esse respeito, é certo que não se trata de solucionar um problema afeto ao contrato de locação em si, mas sim às dificuldades pessoais do locatário. A pandemia, ou melhor, as medidas governamentais e particulares adotadas para combater a pandemia não provocam nem impossibilidade, nem desequilíbrio do contrato de locação residencial, nem afetam substancialmente a sua fruição" (SCHREIBER, Anderson. Contratos de locação imobiliária na pandemia, cit., p. 2-3).

[460] Similar conclusão é alcançada por Karina Nunes Fritz com base na doutrina das bases do negócio: "A dificuldade excessiva de prestar ocorre quando eventos anormais, posteriores à formação do contrato e externos à esfera de risco e de influência do devedor, alteram profundamente as condições existentes no momento da celebração, tornando extremamente difícil o cumprimento. Exemplo clássico é o aumento do custo da prestação, a onerosidade excessiva da prestação do art. 478 CC2002. Em geral, o devedor suporta o chamado 'risco do esforço' (*Aufwandsrisiko*), isto é, o risco da elevação dos custos para a realização da prestação devida. Porém, quando eventos anormais tornam o cumprimento excessivamente dispendioso, de modo que se possa concluir, à luz da boa-fé, que a variação extrapola os limites razoáveis do sacrifício, deve o juiz ou árbitro revisar o contrato, principalmente se os eventos excepcionais estão fora da esfera de risco e de influência do devedor. A dificuldade extraordinária de prestar pode decorrer de vários fatores, como profundas alterações nas condições políticas, econômicas, sociais, naturais ou jurídicas, presentes no momento da celebração e que serviram de base para a decisão de contratar. Decisivo é que eventos anormais, não imputáveis à esfera de risco e responsabilidade

preliminarmente ao devedor, na ausência de disposição em contrário, o chamado *risco do esforço*, afigura-se possível que circunstâncias objetivas supervenientes à formação do contrato alterem profundamente a gradação da onerosidade ou da gratuidade de certo vínculo entre polos prestacionais e, com isso, impactem o equilíbrio contratual.[460]

No que diz respeito ao segundo ponto destacado, tem-se que as partes podem, no exercício da sua autonomia privada, valer-se do contrato para uma das suas finalidades mais relevantes – a alocação consensual de riscos,[461] inclusive no que diz respeito a riscos usualmente associados às noções de caso fortuito ou força maior, conforme indicado pela própria redação do art. 393, *caput*, do Código Civil.[462] Essa repartição de riscos não escapa, por certo, ao controle (originário) de legitimidade à luz dos parâmetros gerais do sistema incidentes por ocasião da aferição do merecimento de tutela do concreto exercício da autonomia privada.[463]

Uma vez constatada a sua legitimidade, a alocação (positiva ou negativa) de riscos pelas partes passa a integrar o conteúdo do complexo programa contratual de interesses a ser

---

da parte afetada, atinjam e modifiquem consideravelmente a relação contratual concreta, causando sérias desvantagens para uma das partes e tornando irrazoável o cumprimento tal como inicialmente acordado" (FRITZ, Karina Nunes. Revisão contratual e quebra da base do negócio, cit., p. 17).

[460] Similar conclusão é alcançada por Karina Nunes Fritz com base na doutrina das bases do negócio: "A dificuldade excessiva de prestar ocorre quando eventos anormais, posteriores à formação do contrato e externos à esfera de risco e de influência do devedor, alteram profundamente as condições existentes no momento da celebração, tornando extremamente difícil o cumprimento. Exemplo clássico é o aumento do custo da prestação, a onerosidade excessiva da prestação do art. 478 CC2002. Em geral, o devedor suporta o chamado 'risco do esforço' (*Aufwandsrisiko*), isto é, o risco da elevação dos custos para a realização da prestação devida. Porém, quando eventos anormais tornam o cumprimento excessivamente dispendioso, de modo que se possa concluir, à luz da boa-fé, que a variação extrapola os limites razoáveis do sacrifício, deve o juiz ou árbitro revisar o contrato, principalmente se os eventos excepcionais estão fora da esfera de risco e de influência do devedor. A dificuldade extraordinária de prestar pode decorrer de vários fatores, como profundas alterações nas condições políticas, econômicas, sociais, naturais ou jurídicas, presentes no momento da celebração e que serviram de base para a decisão de contratar. Decisivo é que eventos anormais, não imputáveis à esfera de risco e responsabilidade da parte afetada, atinjam e modifiquem consideravelmente a relação contratual concreta, causando sérias desvantagens para uma das partes e tornando irrazoável o cumprimento tal como inicialmente acordado" (FRITZ, Karina Nunes. Revisão contratual e quebra da base do negócio, cit., p. 17).

[461] V., por todos, LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, cit., p. 29; e, na doutrina brasileira, MIRAGEM, Bruno. *Direito civil*: direito das obrigações. 2. ed., cit., p. 494.

[462] A possibilidade, *a priori*, de assunção convencional dos riscos do fortuito ou força maior – a ser objeto de concreto controle valorativo – é destacada, entre outros, por MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Volume V, Tomo II, cit., p. 314; e KONDER, Carlos Nelson; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. A contratualização do fortuito: reflexões sobre a alocação negocial do risco de força maior. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*: pressupostos, evolução e remédios. Volume II. Rio de Janeiro: Processo, 2021, *passim*. O ponto será analisado mais detidamente no item 2.2, *infra*.

[463] "(...) o princípio do equilíbrio contratual tem por escopo preservar a equação econômica entre as prestações, estabelecida pela autonomia privada a partir dos mecanismos de alocação de riscos. O respeito à repartição de riscos efetuada pelos contratantes, em uma palavra, preserva o equilíbrio contratual, desde que essa alocação de riscos observe os demais valores e princípios que integram o sistema jurídico – complexo e unitário" (BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 174-175).

promovido, tanto quanto possível, pelo princípio do equilíbrio contratual.[464] Desse modo, eventual materialização dos riscos assumidos por qualquer das partes não justifica a atuação interventiva do julgador,[465] por se estar diante de circunstância superveniente efetivamente conforme ao equilíbrio entabulado pelos figurantes por ocasião da formação do vínculo contratual.[466] Em suma, os riscos assumidos pelas partes são "integrantes do equilíbrio contratualmente estabelecido em concreto",[467] o que há de ser respeitado na generalidade das relações jurídicas (inclusive nas consumeristas, por exemplo), desde que preliminarmente aferida a legitimidade (validade) da concreta alocação de riscos.[468]

Tal ordem de compreensão da matéria possibilita a adequada exegese do art. 421-A, II, do Código Civil. Introduzido pela denominada Lei da Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019), o referido dispositivo estabelece que "a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada". Por um lado, em cotejo com as considerações antecedentes,

---

[464] "A gestão de riscos, identificada a partir da vontade declarada pelos contraentes, impacta, decisivamente, sobre o equilíbrio econômico do ajuste. Imperativa, dessa forma, a observância da equação econômica durante todo o desenrolar da execução do contrato, em homenagem aos princípios da obrigatoriedade dos pactos e do equilíbrio contratual" (TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore. A cláusula resolutiva expressa como instrumento privilegiado de gestão de riscos contratuais. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, vol. 31, n. 1, p. 135-165, jan.-mar./2022, p. 142).
Na mesma linha de sentido, afirma-se: "No âmbito dos mecanismos de alocação de riscos, como visto, as partes distribuem os riscos econômicos previsíveis a partir das cláusulas contratuais, efetuando a gestão positiva da álea normal. Tal alocação de riscos, identificada a partir da vontade declarada pelos contratantes, define, portanto, o equilíbrio econômico do negócio. Essa equação econômica, que fundamenta o sinalagma ou a correspectividade entre as prestações, há de ser respeitada no decorrer de toda a execução contratual, em observância aos princípios do equilíbrio econômico e da obrigatoriedade dos pactos" (BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*, cit., p. 174-175).

[465] "De maneira bastante simples, pode-se afirmar que a materialização dos riscos contratuais não dá margem para que o Poder Judiciário intervenha naquilo que foi convencionalmente definido pelas partes" (ZANETTI, Cristiano de Sousa. O risco contratual, cit., p. 459). Em sentido similar, v. GABRIELLI, Enrico. Rimedi giudiziali e adeguamento del contenuto del contrato alle mutate circostanze di fatto, cit., p. 55 e ss.

[466] Por outro lado, caso se venha a estar diante da materialização de risco não alocado pelas partes, justificar-se-á a incidência de remédios vocacionados à tutela do equilíbrio contratual. Assim adverte a doutrina em matéria de onerosidade excessiva: "A intervenção judicial legitimada pelos arts. 317 e 478 do Código Civil corrige ou suprime o desequilíbrio gerado por fatos estranhos ao risco contratual. Não serve, entretanto, para que se contrate no lugar das partes, a fim de partilhar, posteriormente, as consequências da verificação do risco do negócio" (ZANETTI, Cristiano de Sousa. O risco contratual, cit., p. 467). Na mesma linha de sentido, dispõe o Enunciado n. 366 da IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, tendo por referência o art. 478 do Código Civil: "O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação".

[467] "Exercida a autonomia negocial de forma merecedora de tutela, somente acontecimentos fora do campo de previsibilidade das partes, que superam a oscilação normal da álea contratual, justificam a relativização da intangibilidade dos pactos (*pacta sunt servanda*), já que os demais eventos constituem riscos implicitamente assumidos e, portanto, integrantes do equilíbrio contratualmente estabelecido em concreto" (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Contratos: Teoria Geral. In: TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Volume 3: Contratos. 2. ed., cit., p. 140-141).

[468] "Cumpre, todavia, avaliar a distribuição de riscos entre as partes, pois pode ser legítima a assunção de risco de evento desfavorável pelo consumidor e, nesse caso, a intervenção judicial que, a pretexto de reequilibrar o contrato desconsiderar o equilíbrio originalmente firmado entre as partes, pode acabar por inviabilizar o acesso do consumidor a determinados produtos e serviços" (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Contratos: Teoria Geral. In: TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Volume 3: Contratos. 2. ed., cit., p. 144).

nota-se que o dispositivo consagra a benfazeja orientação de respeito à alocação consensual de riscos (notadamente no âmbito das relações paritárias),[469] a qual, como visto, integra a própria configuração do equilíbrio a ser promovido no curso da execução contratual. Por outro lado, cumpre advertir que não se pode vislumbrar na aludida previsão legal um salvo-conduto para a automática legitimidade de toda e qualquer disposição contratual ao mero argumento de se tratar de "alocação de riscos"; afinal, o juízo de merecimento de tutela incidirá em qualquer caso concreto, e, apenas se for reputada legítima a alocação de riscos, dever-se-á reconhecer que ela integra o programa contratual a ser preservado e promovido com base no princípio do equilíbrio contratual.

A investigação do completo sentido desse programa contratual, a ser apurado em toda a sua complexidade, não prescinde da atenta análise funcional do negócio jurídico, capaz de individualizar a sua causa.[470] Sem embargo da riqueza dos debates travados historicamente em torno da causa,[471] da lição de Pietro Perlingieri se depreende o oportuno reconhecimento de que a causa é capaz de exprimir "o valor e o alcance que as próprias partes deram à operação na sua globalidade, isto é, o valor individual que uma determinada operação negocial, considerada no seu concreto alcance, assume para as partes".[472]

---

[469] "Sem embargo das críticas que podem ser tecidas à Lei da Liberdade Econômica e mesmo a elementos do artigo 421-A, incluído pela Lei nº. 13.874/2019 no Código Civil, especificamente no inciso II deste dispositivo parece ser possível vislumbrar aspectos positivos. Trata-se da previsão de que 'a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada', que pode ser lida como um reforço argumentativo para se sustentar a existência, no ordenamento pátrio, de um comando hermenêutico de se preservar, em contratos paritários, a gestão de riscos patrimoniais livremente efetuada pelas partes" (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. Alocação de riscos contratuais entre a Lei de Liberdade Econômica e a boa-fé objetiva, cit., p. 120).

[470] Não por acaso, já nas obras de Emilio Betti e Salvatore Pugliatti (fautores de algumas das formulações mais célebres na doutrina causalista) identifica-se autêntica sinonímia entre causa e função do negócio, a se reconhecer que "(...) a causa ou razão do negócio se identifica com a função econômico-social de todo o negócio, considerado despojado da tutela jurídica, na síntese dos seus elementos essenciais, como totalidade e unidade funcional, em que se manifesta a autonomia privada" (BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda, 2008, p. 263-264), ou que "(...) a causa do negócio é a sua função jurídica fixada pela síntese dos seus efeitos (jurídicos) essenciais" (PUGLIATTI, Salvatore. Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico. *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*, p. 13-21, 1947, p. 20). Tradução livre do original: "*(...) la causa del negozio è la sua funzione giuridica fissata dalla sintesi dei suoi effetti (giuridici) essenziali*". Ao propósito, v., ainda, na doutrina nacional, SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual, cit., p. 10.

[471] Para ampla resenha histórica e detida análise dos variados conceitos já associados à noção de *causa*, remete-se a SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, vol. 54, p. 65-98, abr.-jun./2013, *passim*; e SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual, cit., *passim*.

[472] Tradução livre de excertos das seguintes passagens originais: "*Nella prospettiva di superamento della técnica della sussunzione, la causa può essere anche funzione identificata dalla sintesi degli effetti giuridici diretti e essenziali del contratto*" (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile.* 5. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p. 374); "*(...) è preferibili ravvisare nella causa la funzione economico-individuale, indicando con tale espressione il valore e la portata che all'operazione nella sua globalità le parti stesse hanno dato, cioè il valore individuale che una determinata operazione negoziale, considerata nel suo concreto atteggiarsi, assume per le parti*" (Ibid., p. 374). A doutrina especializada destaca, como grande mérito da formulação de Perlingieri, o "destaque que ela confere aos fins/interesses particulares comuns às partes, objetivamente insculpidos no

Com tais contornos, a análise causal se dissocia da simples busca (de índole estrutural) por um *elemento* do negócio jurídico e passa a traduzir efetivamente uma postura que se espera do intérprete,[473] revelada na "predisposição do observador a analisar o negócio prioritariamente pelo seu perfil funcional, ou seja, com especial atenção aos seus aspectos de ordem não estrutural".[474] Trata-se, no que importa diretamente ao presente estudo, do mais adequado instrumento metodológico para a plena compreensão do programa contratual cuja observância (dinâmica e eficiente) é imposta pelo princípio do equilíbrio contratual (corolário de uma releitura funcional do princípio da obrigatoriedade dos pactos).[475]

Percebe-se, assim, a notável utilidade da análise causal para o equacionamento de vicissitudes supervenientes à formação do contrato.[476] O controle valorativo da execução da

---

contrato" (SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual, cit., p. 17), sem deixar de ressalvar a sua imprescindível conjugação com fins e interesses extraindividuais porventura incidentes sobre o concreto programa de interesses: "Estes são, sem dúvida, os fatores mais decisivos para a celebração da avença; não significa, porém, que a causa não atraia para si também fins e interesses extraindividuais. Em primeiro lugar, porque o adjetivo 'individual' não indica um retorno ao individualismo ou uma impensável negativa ao controle valorativo sobre o contrato. E, mais do que isso, como se defenderá mais adiante, se é verdade que os interesses sociais traduzidos por princípios do ordenamento exercem um papel de heterointegração do contrato, como tantas vezes se sustenta, tais interesses não parecem ser de fato externos à síntese funcional" (Ibid., p. 17).

[473] "A questão engloba ainda uma segunda discussão – a saber: se a causa é um elemento constitutivo do negócio jurídico. Boa parte da doutrina costumava admiti-lo, afirmando mesmo que os elementos essenciais dos negócios jurídicos se resumiam à vontade e à causa, ao mesmo tempo em que outro setor doutrinário seguia um forte movimento anticausalista. O Código Civil de 2002, na esteira do diploma anterior, e contrariamente aos modelos francês e italiano, não previu a causa como elemento do negócio, ao lado da declaração de vontade, do objeto e da forma (art. 104). A escolha legislativa parece ter sido a mais adequada: é exatamente porque a causa remete ao perfil funcional dos contratos que ela não deve ser considerada um elemento (estrutural) deles. O estudo da causa deve consistir, antes de tudo, em uma postura metodológica, levando o intérprete a analisar funcionalmente o contrato, sem parar no exame de sua estrutura. Precisamente por essa própria natureza funcional, a causa parece ser incompatível com a classificação dos elementos (estruturais) do negócio. Tal orientação não traduz um arrefecimento do causalismo, mas, ao contrário, seu fortalecimento" (SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual, cit., p. 15).

[474] SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual, cit., p. 3.

[475] A demonstrar a relevância da causa para a adequada compreensão, no caso concreto, do programa contratual globalmente considerado, afirma-se: "*L'utilizzazione della nozione di causa in concreto appare condivisibile, in questa prima e più 'moderata' accezione; ossia, fondamentalmente, in chiave interpretativa e ricostruttiva del complessivo assetto di interessi voluto e realizzato dalle parti. L'esame 'atomistico' delle singole componenti si rivela, in effetti, del tutto fuorviante per l'interprete, poiché non lascia emergere l'unitarietà dell'operazione economica, risultante dalla combinazione dei singoli 'elementi' sopra descritti, nessuno dei quali ha, di per sé, una sua autonoma giustificazione*" (TUCCI, Andrea. Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale. *Banca Borsa Titoli di Credito*, a. LXXVIII, n. 2, p. 141-150, 2016, p. 143). Em tradução livre: "A utilização da noção de causa em concreto parece compartilhável, nessa primeira e mais 'moderada' acepção; ou seja, fundamentalmente, em chave interpretativa e reconstrutiva do complexo arranjo de interesses desejado e realizado pelas partes. O exame 'atomístico' dos componentes singulares se revela, com efeito, de todo enganador para o intérprete, uma vez que não permite emergir a unidade da operação econômica, resultante da combinação dos 'elementos' singulares acima descritos, nenhum dos quais tem, por si, uma justificativa autônoma".

[476] "Para além do controle de merecimento de tutela do exercício da liberdade de contratar, privando de efeito, a título de ilicitude da causa, contratos cujos efeitos essenciais não sejam compatíveis com a principiologia do ordenamento, a causa também se presta a justificar a ineficácia de contratos cuja finalidade precípua se torna impossível por fato superveniente, como a locação de imóvel com o objetivo de assistir a evento que seja cancelado após a contratação" (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Contratos: Teoria Geral. In:

avença constitui, pelo exposto, o "espaço, por excelência, de aplicação da causa no direito brasileiro".[477] Assim, ao propiciar a adequada compreensão do programa contratual globalmente considerado, o exame da causa contratual em concreto orienta a própria atuação do princípio do equilíbrio contratual, cuja principal aplicação se verifica justamente na seara das vicissitudes supervenientes.[478] A análise causal propicia, ademais, o reconhecimento da autêntica convergência funcional das vicissitudes supervenientes em torno da noção de frustração do programa contratual em sua execução,[479] razão pela qual já se aludiu a tais vicissitudes justamente como hipóteses de *perturbação da causa*.[480]

As precedentes considerações conduzem à seguinte conclusão sobre o escopo do princípio do equilíbrio contratual no direito brasileiro: uma vez definido o programa contratual legítimo à luz do sistema, o princípio do equilíbrio contratual passa a atuar, então, não para impor um certo ideal de justiça contratual, mas sim para determinar a realização mais eficiente possível do programa originária e validamente entabulado – o qual, como visto, apenas pode ser adequadamente compreendido, em toda a sua complexidade, a partir do exame da causa contratual em concreto. Diante disso, pode-se afirmar, em esforço de síntese, que o princípio do equilíbrio contratual no direito brasileiro atua como mandado de

---

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Volume 3: Contratos. 2. ed., cit., p. 66).

[477] SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual, cit., p. 28.

[478] "Somente levando em conta a síntese dos efeitos essenciais do contrato sob exame, isto é, a função econômico-individual, expressa pelo valor e capacidade que as próprias partes deram à operação negocial na sua globalidade, considerada em sua concreta manifestação, é possível ponderar a aplicação do princípio do equilíbrio" (KONDER, Carlos Nelson; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. O equilíbrio contratual nas locações em *shopping center*, cit., p. 184-185).

[479] "Trata-se, aqui, de hipóteses tão diversas quanto a impossibilidade da prestação, o inadimplemento por uma das partes, a onerosidade excessiva, a descoberta de vício redibitório, o pedido de resilição unilateral por uma das partes, dentre muitas outras. O que todas essas hipóteses têm em comum parece ser justamente o fato de que, em todas elas, alguma circunstância, imputável ou não a alguma das partes, prejudicou ou comprometeu o programa contratual que já se encontrava em execução. Como se buscou demonstrar até aqui, é justamente a causa, como síntese objetiva dos interesses insculpidos na avença (ou, ainda, dos efeitos que se pretendia produzir com o negócio) que responde pela identificação desse programa. Parece razoável, assim, que a solução dessas vicissitudes, mediada, em geral, por instrumentos previstos em lei, passe, em alguma medida, pela causa" (SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual, cit., p. 29).

[480] A referência remonta à lição de FERRARA, Luigi Cariota. *El negocio jurídico*. Trad. Maniel Albaladejo. Madrid: Aguilar, 1956, p. 500-501. A partir de semelhante ordem de preocupação, já se identificaram a excessiva onerosidade e a impossibilidade superveniente como hipóteses de *defeito funcional da causa*: "*L'eccessiva onerosità, al pari della impossibilità sopravvenuta e dell'inadempimento, rappresenta una ipotesi di difetto funzionale della causa*" (CODELLA, Maddalena. *Le sopravvenienze contrattuali*: profili di diritto interno e comparato. Tese (*Dottorato di ricerca in comparazione e diritti della persona*) – Dipartimento di Diritti della Persona e Comparazione, Università degli studi del Salerno, [2012], p. 14. Disponível no Arquivo Aberto da Universidade de Salerno: http://elea.unisa.it/handle/10556/278. Acesso em 14/10/2021). Em tradução livre: "A excessiva onerosidade, tal como a impossibilidade superveniente e o inadimplemento, representa uma hipótese de defeito funcional da causa". A vincular a análise da onerosidade excessiva ao exame da causa contratual em concreto, v., ainda, FERRI, Giovanni B. Dalla clausola 'rebus sic stantibus' alla risoluzione per eccessiva onerosità. *Quadrimestri*: Rivista di Diritto Privato, n 1, 1988, p. 75. De fato, afigura-se mais recomendável aludir a uma *perturbação da causa* do que a uma *falta superveniente de causa*, como se demonstrará mais detidamente no item 2.2, *infra*.

otimização[481] do programa contratual originário revelado pelo exame da causa contratual em concreto; ou, em síntese mais apertada, mandado de otimização da efetividade da causa contratual concreta.[482] A operatividade do princípio em comento se pauta precisamente no objetivo de fazer com que a realidade das coisas (*in casu*, a execução contratual) reflita, tanto quanto possível,[483] a equação global de interesses depreendida da análise funcional do contrato.[484]

Nesse itinerário metodológico, a identificação do "equilíbrio" (na acepção corrente) consagrado na relação contratual concretamente considerada constitui um *prius* em relação à aferição de eventual perturbação de tal equilíbrio por vicissitudes supervenientes à formação da avença. Diante disso, resulta desaconselhável que se recorra aos adjetivos *equilibrado* e *desequilibrado* para a avaliação do contrato, seja no seu plano originário,[485] seja no seu plano superveniente. Afinal, ou bem, por um lado, não há contrato validamente formado e, portanto,

---

[481] Tal definição vai ao encontro da observação, encontradiça na doutrina, no sentido de que, em contraposição às *regras* (que constituiriam mandados definitivos, por conterem comandos estritos que supostamente dispensariam o sopesamento com outras normas ou valores), os *princípios* seriam "(...) mandados de otimização: devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese" (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, cit., p. 209). De todo modo, sem embargo do valor didático da distinção, não se deve perder de vista que os tradicionais critérios distintivos entre as duas espécies normativas sofreram oportunas críticas pela doutrina. Para o desenvolvimento da análise, seja consentido remeter a SILVA, Rodrigo da Guia. Um olhar civil-constitucional sobre a "inconstitucionalidade no caso concreto". *Revista de Direito Privado*, vol. 73, a. 18, p. 31-62, jan./2017, item 2.

[482] A doutrina tem se empenhado em destacar a íntima correlação entre as noções de *causa* e *equilíbrio*: "A função social está para o interesse da sociedade assim como a função econômica está para o interesse das partes, cuja promoção se garante por instrumentos próprios, como a boa-fé objetiva e o equilíbrio das posições contratuais" (TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor, cit., p. 107).

[483] A ressalva veiculada pela expressão "tanto quanto possível" vai ao encontro da advertência acerca da necessária modulação na atuação concreta de cada princípio contratual: "Desprovidos de definição abstrata de uma situação fática à qual sejam aplicáveis, os princípios do Direito dos Contratos ou simplesmente 'princípios contratuais' aplicam-se não por meio de uma única solução ou com uma única intensidade, mas podem ser atendidos em diferentes graus de intensidade e por diferentes soluções, a depender das circunstâncias fáticas existentes" (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 42-43). O princípio do equilíbrio contratual admite e justifica, portanto, a promoção do programa contratual (escopo precípuo da obrigatoriedade dos pactos) em graus diversos, o que se coaduna diretamente com própria a admissibilidade de remédios intermediários entre a execução específica e a resolução – tal como a revisão contratual (v. item 3.2, *infra*).

[484] "(...) o que interessa é haver a quebra da equação econômica do negócio, tal como pretendida pelas partes. Parte-se do princípio de que a desproporção entre vantagens e sacrifícios foi livremente querida, dentro do exercício normal da autonomia privada. Entretanto, é esse equilíbrio voluntário que pode ser posto em causa por alteração anormal; é nesse caso que a base do negócio é rompida. (...) A equação econômica deve ser posta a salvo. Se circunstâncias extraordinárias a desfigurarem, o instituto funciona, quer o contrato seja oneroso, quer seja gratuito" (ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil, cit., p. 62).

[485] Ilustrativamente, veja-se: "Há, evidentemente, contratos que por sua própria natureza são 'desequilibrados', isto é, não estão fundados numa relação comutativa, então não cabendo a revisão para 'reequilibrá-los' (...)" (MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Volume V, Tomo I, cit., p. 280, nota de rodapé n. 460). Em ilustração de outra inadequada associação (quando tomada em caráter de necessariedade), desta vez entre *equilíbrio* e *sinalagma*, alude-se ao "princípio do equilíbrio econômico do contrato, ou do sinalagma" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado, cit., parágrafo 11).

sequer se analisa o cumprimento ao mandado de conservação de qualquer programa de interesses no curso da execução contratual; ou bem, por outro lado, há contrato validamente formado e, portanto, os termos *equilibrado* ou *desequilibrado* dirão respeito não ao contrato celebrado pelas partes, mas sim à própria execução contratual, no âmbito da investigação da conformidade ou desconformidade entre o rumo efetivo da execução contratual e o rumo legitimamente esperado à luz do programa contratual de interesses originária e validamente entabulado.[486] Em suma, o desequilíbrio apenas pode ser aferível no plano superveniente à formação do contrato, razão pela qual convém reconhecer que apenas em sentido lato poder-se-ia cogitar de *desequilíbrio originário*: afinal, como visto, somente após a identificação do programa de interesses a ser promovido no curso da execução é que se pode cogitar de desequilíbrio (i.e., desvio em relação ao respectivo mandado de otimização).

Assim compreendida a matéria, tem-se que o princípio do equilíbrio contratual, sem pretensão de concorrer com os diversos princípios e valores consagrados no sistema com aptidão a indicar parâmetros para a valoração da legitimidade do ajuste entabulado pelos contratantes, desempenha a importante função de promover o respeito e a preservação, na maior e mais eficiente extensão possível, do programa originário reputado legítimo pelo ordenamento – cuja observância é imposta, como se sabe, pelo princípio da obrigatoriedade dos pactos, corolário fundamental da própria autonomia privada.[487] Não se trata, assim, de pugnar por uma mitigação do comando traduzido no princípio da obrigatoriedade dos pactos,[488] mas sim de, rejeitando-se a compreensão dos mecanismos de reequilíbrio como supostas exceções à obrigatoriedade dos pactos,[489] reconhecer-se a necessidade de uma

---

[486] À luz da perspectiva ora propugnada, apenas em caráter metonímico se pode aludir a um contrato *(des)equilibrado*, uma vez que *equilibrado* e *desequilibrado* constituem possíveis atributos da execução contratual quando valorada à luz do rumo legitimamente esperado à luz do programa contratual de interesses originária e validamente entabulado, cuja promoção é determinada pelo princípio do equilíbrio contratual.

[487] "Tal perspectiva permite conciliar a segurança jurídica com a justiça contratual, de tal modo que a autonomia privada seja efetivamente respeitada, como manifestação contratual exteriorizada e compreendida em seu todo, tendo em mira o escopo contratual, associado à preservação do equilíbrio econômico entre as prestações, à luz da boa-fé objetiva imposta aos contratantes" (TEPEDINO, Gustavo. O papel da hermenêutica contratual na manutenção do equilíbrio econômico dos contratos, cit., p. 462).

[488] A ilustrar a linha de raciocínio que compreende mecanismos revisionais como mecanismos de atenuação da obrigatoriedade dos pactos, veja-se: "O princípio da fidelidade ao contrato perdeu a rigidez com que se expressava na locução *pacta sunt servanda*. Interpretado em seu sentido literal, significa a impossibilidade de qualquer das partes desvincular-se do contrato sob o fundamento de que suas condições, ainda por circunstâncias imprevisíveis, se tornaram excessivamente desvantajosas ou desfavoráveis. A sujeição inelutável a esse princípio conduz, em certas circunstâncias, a situações manifestamente injustas. Torna-se descabida, em consequência, sua aplicação. Passou-se a admitir, então, que deve comportar exceções" (GOMES, Orlando. Introdução ao problema da revisão dos contratos, cit., p. 95).

[489] A associar os mecanismos revisionais a um "número sempre maior de exceções" ao princípio da obrigatoriedade dos pactos, v. SILVA, Clóvis V. do Couto e. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro, cit., p. 10. V., ainda, NEVES, José Roberto de Castro. *Teoria geral dos contratos*, cit., p. 19; MATTIETTO, Leonardo. O princípio do equilíbrio contratual, cit., p. 184; EHRHARDT JR., Marcos. *Revisão contratual*, cit., p. 98; e TERRANOVA, Carlo G. L'eccessiva onerosità nei contratti, cit., p. 5.

releitura funcional deste último,[490] em conformidade com o caráter cada vez mais dinâmico do regulamento contratual de interesses.[491]

A compreensão da atuação dos remédios vocacionados à tutela do equilíbrio contratual como mecanismos de mitigação da obrigatoriedade dos pactos guardava íntima coerência com o pensamento tradicional no sentido de que o princípio veiculado pelo brocardo "*pacta sunt servanda*" determinaria a observância rígida e irrestrita do regulamento contratual.[492] Tal ordem de compreensão da matéria traduzia autêntica aplicação, à seara contratual, do raciocínio subsuntivo que (não por coincidência) dominava o próprio campo da metodologia e aplicação do direito.

Partindo-se, contudo, das premissas assentadas pela civilística contemporânea – em especial, a imperiosa promoção de análise funcional sobre a generalidade dos institutos jurídicos –, parece ser chegado o momento de se reconhecer a necessidade de releitura funcional da milenar obrigatoriedade dos pactos.[493] Tal percurso já vem sendo trilhado implicitamente pela doutrina no decorrer do desenvolvimento das reflexões sobre institutos e

---

[490] A partir de similar ordem de preocupação, afirma-se, no âmbito da doutrina italiana, que, diante da progressiva positivação de "índices normativos (como, por exemplo, os arts. 1.384, 1.448 e 1.467 do *Codice Civile*), de não pouco relevo, orientados a reconhecer que a justiça contratual, o equilíbrio e a proporcionalidade", "o brocardo *pacta sunt servanda* e a locução segundo a qual 'o contrato tem força de lei entre as partes' (art. 1.372 do *Codice Civile*) (...) resultam, como demonstrado pela doutrina mais recente, totalmente redimensionados" (PERLINGIERI, Giovanni. Svalutazione monetaria ed eccessiva onerosità sopravvenuta, cit., p. 1.030). Tradução livre do original: "*indici normativi (come, ad esempio, gli artt. 1384, 1448 e 1467 c.c.), di non poco rilievo, orientati a riconoscere che la giustizia contrattuale, l'equilibrio e la proporzionalità*"; "*il broccardo* pacta sunt servanda *e la locuzione secondo la quale 'il contratto ha forza di legge tra le parti' (art. 1372 c.c.)* (...) *risultano, come dimostrato da parte della dottrina piú recente, totalmente ridimensionati*". Busca-se, assim, assentar o entendimento de que o concreto exercício da autonomia privada – a produzir uma avença juridicamente vinculante – deve ser analisado à luz do programa contratual entabulado pelas partes, em sua unidade e complexidade. A propósito, v. TEPEDINO, Gustavo. O papel da hermenêutica contratual na manutenção do equilíbrio econômico dos contratos, cit., p. 462.

[491] "Num mundo em constante transformação, o contrato deixa, pois, de definir direitos necessariamente imutáveis e situações jurídicas estratificadas para ser um instrumento de parceria no qual as partes estabelecem um determinado equilíbrio econômico e financeiro que pretendem salvaguardar, fazendo as adaptações contratuais necessárias para tal fim" (WALD, Arnoldo. A dupla função econômica e social do contrato, cit., p. 15).

[492] A ilustrar a associação – ora reputada inadequada – entre a obrigatoriedade dos pactos e a "absoluta imodificabilidade" dos contratos, afirma-se: "O princípio 'pacta sunt servanda' e a ênfase dada à vontade na teoria dos negócios jurídicos contribuíram, em grande medida, para que não se adotassem as soluções com base na mencionada cláusula [*rebus sic stantibus*]. É certo que o princípio 'pacta sunt servanda' salienta, por um lado, a obrigatoriedade do contrato, a necessidade de serem cumpridas as obrigações que dele resultam, o que não merece o menor reparo; por outro, indica, o que é e sempre foi inexato, a sua absoluta imodificabilidade, ainda quando as condições econômicas, no curso de sua vigência, se tenham alterado de modo essencial" (SILVA, Clóvis V. do Couto e. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro, cit., p. 8).

[493] Para tal desiderato, a mais adequada ferramenta hermenêutica parece ser justamente a análise causal. A partir de semelhante ordem de preocupação, em estudo dedicado ao tema da causa contratual, diante da indagação sobre "qual seria o fundamento normativo para sua aplicação no Brasil, tendo o legislador silenciado a respeito", conclui-se que "[a] resposta parece estar no mesmo fundamento normativo (implícito) que confere força obrigatória aos contratos" (SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual, cit., p. 38).

conceitos que provocam uma releitura da obrigatoriedade dos pactos,[494] ainda que, por vezes, sem o rótulo nominal da "revisão contratual" (expressão que mais comumente se associa às hipóteses reunidas em torno da noção de "mitigação" da obrigatoriedade dos pactos).

Assim sucede, por exemplo, com a progressiva difusão do expediente da correção monetária no direito obrigacional brasileiro,[495] concebida para corrigir distorções provocadas pela inflação e pela correlata depreciação do poder aquisitivo da moeda nacional.[496] A ampla disseminação da correção monetária revela que o princípio da obrigatoriedade dos pactos (intimamente vinculado ao princípio do nominalismo)[497] tem convivido no direito brasileiro, há décadas, com a possibilidade de alteração judicial do valor nominal das prestações mesmo na ausência de previsão expressa do negócio jurídico nesse sentido[498] (o que poderia ocorrer,

---

[494] Nessa linha de sentido, identifica-se a ocorrência de uma "metamorfose" que, sem suplantar a obrigatoriedade dos pactos, em realidade promove e dignifica a própria autonomia privada e o poder jurígeno da vontade individual: "Pode-se perguntar: mas onde fica então a autonomia privada? A autonomia privada é também um princípio fundamental. (...) A revisão a que se procede no âmbito da alteração das circunstâncias não é inimiga da autonomia privada e do poder autovinculativo da vontade. A autonomia não sai diminuída: sai pelo contrário dignificada. A metamorfose em curso neste setor leva a que se consagre uma autonomia concreta, e não uma autonomia vazia. Respeita-se o que as partes quiseram, nas circunstâncias em que se encontravam. (...) Servir à justiça consiste assim em preservar a manifestação concreta da autonomia que foi substancialmente consentida, e não em impor uma cega subordinação aos preceitos que a exprimiram em circunstâncias históricas diferentes" (ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil, cit., p. 67). O autor arremata: "O resultado é substancial e enriquecedor. Não matamos o *pacta sunt servanda*, conjugamo-lo com o *rebus sic stantibus*. Os fatos devem ser observados (princípio fundamental da autonomia) *rebus sic stantibus* (princípio fundamental de justiça e de respeito da vinculação realmente assumida)" (Ibid., p. 67-68).

[495] A propósito, remete-se aos relatos fornecidos por TEPEDINO, Gustavo. Efeitos da crise econômica na execução dos contratos: elementos para a configuração de um direito da crise econômica. In: *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 119 e ss.; e TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil*. Volume 2: obrigações, cit., p. 218 e ss. Letácio Jansen, proeminente teórico nacional do direito monetário, afirma que "[a] partir do ano de 1964 a doutrina da correção monetária tronou-se hegemônica no Direito Monetário brasileiro" (JANSEN, Letácio. *A moeda nacional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 101). Segundo o autor, "[a] partir de 1970 os debates entre os civilistas brasileiros envolvendo moeda, cláusulas monetárias e dívidas de valor foram atropelados pela doutrina da correção monetária, que preconizou uma espécie de nominalismo às avessas, que se impôs autoritariamente, nos tempos da ditadura militar, através de uma intensa produção normativa" (Ibid., p. 40-41).

[496] "A influência perturbadora da depreciação monetária se faz sentir principalmente nos contratos de execução deferida e nos de duração. (...) Nos países onde a depreciação tornou-se um mal crônico, como no nosso esse desequilíbrio patenteia-se, sobretudo, nos contratos de venda a crédito ou a prestações, arrendamento, empreitada, seguro, e nos contratos de trabalho e de renda constituída sobre um capital. Em todos eles, o cumprimento da obrigação de pagar a quantia devida deixa de corresponder, após o decurso de certo tempo, ao valor real do bem recebido, ou do serviço prestado" (GOMES, Orlando. Influência da inflação nos contratos. In: *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 143).

[497] "O princípio nominalista estatui que, no momento do pagamento, deve ser respeitada a relação entre o montante nominal da moeda e o montante nominal que figura no ato jurídico, tal como estabelecida essa relação no momento da constituição do referido ato jurídico" (JANSEN, Letácio. *A face legal do dinheiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 140).

[498] Como sucede, por exemplo, com os débitos oriundos de condenação judicial: "Por força do disposto na Lei nº 6.899/81 e do Decreto nº 86.649/81, ficou estabelecida a correção monetária para todas as dívidas cobradas judicialmente, independentemente de ter sido estipulada a revalorização da moeda" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume II. 24. ed. Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 184). Vale destacar que o direito positivo brasileiro consagra, em inúmeras ocasiões, o imperativo de correção monetária da generalidade das dívidas que envolvem obrigação de pagar quantia em

por exemplo, mediante as denominadas *cláusulas de escala móvel*),[499] no intuito de se evitar a corrosão do equilíbrio contratual originário em decorrência do fenômeno inflacionário.[500] Desse modo, a consagração do cabimento geral da correção monetária (sem deixar de obedecer aos limites legais, por certo)[501] acarreta, para além de uma autêntica superação da "*summa divisio*" que a dogmática tradicionalmente erigia entre as *dívidas de dinheiro* e as *dívidas de valor* em torno do princípio do nominalismo,[502] uma remodelação do próprio princípio da obrigatoriedade dos pactos.[503]

---

dinheiro, como se nota, entre tantos outros exemplos, no Código Civil (e.g., arts. 389, 395, 404, 418, 772 e 884), na Lei nº. 9.069/1995 (em especial, arts. 27 e ss.), na Lei nº. 10.192/2001 (em especial, art. 2º) e na Lei nº. 10.931/2004 (e.g., arts. 12, § 1º, V, 13, 28, § 1º, II). A propósito da consagração da correção monetária no interior do Código Civil de 2002, afirma-se: "Aproveitando-se da timidez do legislador monetário, o Código Civil, ao tratar do Direito das Obrigações, construiu um novo pilar de sustentação do sistema da indexação, colocando-se ao lado da Lei n. 6.899, de 1981, como mais um instrumento de preservação do regime da correção monetária em nosso Direito" (JANSEN, Letácio. *A moeda nacional brasileira*, cit., p. 41).

[499] "Para escapar aos efeitos do nominalismo, passou-se a recorrer então às chamadas cláusulas de escala móvel, que estabelecem uma revisão periódica dos pagamentos de acordo com as variações do preço de determinadas mercadorias ou serviços, ou do índice geral do custo de vida ou dos salários, ou ainda de outros índices econômicos, de modo a assegurar o valor da prestação" (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil*. Volume 2: obrigações, cit., p. 218-219). A difusão do expediente de indexação assume proeminência em uma tendência contemporânea de progressiva transformação das dívidas de dinheiro em dívidas de valor: "Fenômeno que teve extrema importância dizia respeito à generalizada indexação da economia, o que significou, no plano dos contratos, a transformação das obrigações pecuniárias – traduzidas em certo número de unidades monetárias – em dívidas de valor – nas quais a moeda serve como simples indicador de uma quantia, que se altera de acordo com índices preestabelecidos" (TEPEDINO, Gustavo. Efeitos da crise econômica na execução dos contratos, cit., p. 119).

[500] Afinal, como destaca Orlando Gomes, o contrato é, "do ponto de vista jurídico, a grande vítima da instabilidade monetária" (GOMES, Orlando. Influência da inflação nos contratos, cit., p. 142), em razão do abalo do equilíbrio contratual em razão do fenômeno inflacionário: "Destruído o equilíbrio contratual pela depreciação monetária, a atingir todas as situações contratuais que lhe sofrem a influência, instaura-se a insegurança no comércio jurídico. A desconfiança no valor da moeda contamina o próprio instrumento jurídico das relações econômicas, visto que deixa de oferecer a segurança desejada ou que legitima prejuízos injustos, não satisfazendo, numa palavra, às exigências da equidade" (Ibid., p. 143). Também Caio Mário da Silva Pereira destaca a preocupação com a manutenção do equilíbrio contratual diante do fenômeno inflacionário: "Tendo em vista que a moeda do pagamento perde poder aquisitivo ao longo do tempo, o equilíbrio entre o valor real da dívida e a expressão monetária correspondente só se mantém mediante o aumento progressivo ou percentual das prestações" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume II, cit., p. 183-184).

[501] A destacar a vedação à estipulação de correção monetária com periodicidade inferior a 1 (um) ano, como se depreende do art. 28, § 1º, da Lei nº. 9.069/1995 e do art. 2º, § 1º, da Lei nº. 10.192/2001.

[502] A distinção tradicional entre *dívidas de dinheiro* (ou *dívidas pecuniárias*) e *dívidas de valor* é sintetizada por Orlando Gomes: "A distinção entre dívida pecuniária e dívida de valor cobra interesse prático em face das distorções a que leva o princípio do valor nominal da moeda. (...) Quanto o objeto da dívida não consiste na entrega de soma em dinheiro, como contraprestação em que se leva em conta a moeda, senão numa prestação pecuniária na qual é considerada como medida de valor, é injusto aplicar-se o princípio do valor nominal. É a natureza do débito que permite distinguir a dívida pecuniária da dívida de valor. Quem se obriga a pagar certa quantia como preço da compra de determinado bem, contrai dívida pecuniária, pois a dívida tem por objeto precisamente a entrega da soma de dinheiro convencionada, nenhuma influência exercendo no conteúdo da prestação qualquer oscilação monetária. Quem está condenado a prestar alimentos mediante pagamento em dinheiro, obrigado se acha a assegurar ao credor a soma necessária à sua manutenção nas condições fixadas, de sorte que, se varia o poder aquisitivo da moeda, a quantidade de dinheiro tem de ser alterada para que se conserve o valor primitivo. Nessas dívidas, a moeda é levada em conta, não como seu objeto, mas como medida de valor (...) Ao contrário do que ocorre com as dívidas pecuniárias, a soma nominal de moeda nas dívidas de valor é simples expressão correspondente a um dos modos por que pode ser solvida, não se lhes podendo aplicar, por conseguinte, o princípio do valor nominal" (GOMES, Orlando. Dívidas pecuniárias e dívidas de valor. In:

O percurso de releitura funcional da obrigatoriedade dos pactos encontra relevante mola propulsora, ademais, na consagração do amplo reconhecimento da heterointegração dos contratos.[504] De fato, o fenômeno da heterointegração pressupõe, do ponto de vista teórico, a assunção de uma perspectiva funcional para a análise do princípio da obrigatoriedade dos pactos, seja pela própria incorporação de deveres com fontes heterônomas, seja pela linguagem aberta que caracteriza tais fontes, com destaque para a boa-fé objetiva e os deveres dela decorrentes. Assim, ainda que eventualmente sem a proclamação explícita de uma releitura da obrigatoriedade dos pactos, o referido desenvolvimento doutrinário logrou consolidar o reconhecimento de uma nova forma de compreensão do referido postulado,[505] consolidando a necessidade de superação do rigor do método subsuntivo também na seara contratual, na esteira da proclamada superação geral do dogma da subsunção – tanto para as regras quanto para os princípios.[506]

À luz desse renovado panorama metodológico, pode-se reconhecer que os remédios deflagrados diante de desequilíbrio contratual não mitigam nem excepcionam a obrigatoriedade dos pactos.[507] Ao revés, tais remédios consistem nos mecanismos adequados

---

Transformações gerais do direito das obrigações. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 128). V., ainda, MIRAGEM, Bruno. *Direito civil*: direito das obrigações, cit., p. 62 e ss.

[503] Veja-se a eloquente lição de Orlando Gomes: "Preservar o princípio da intangibilidade dos contratos numa economia debilitada por longa deterioração da moeda seria manter o valor nominal das obrigações em detrimento do seu valor real, ignorando a realidade da vida por apego ao sentido literal de um princípio. É preciso, ao contrário, encarar a situação com espírito realístico – deplorando-a embora – para adaptar o direito aos fatos" (GOMES, Orlando. Influência da inflação nos contratos, cit., p. 155-156). Similar ordem de raciocínio se verifica na doutrina italiana, em que se sustenta que a tese relativa à possibilidade de configuração de onerosidade excessiva (nos termos do art. 1.467 do *Codice Civile*) em hipóteses de excessiva desvalorização monetária "(...) repousa propriamente sobre a *ratio* inspiradora da previsão, assente em um princípio de tutela do equilíbrio contratual, que, quando a obrigação pecuniária é constituída no âmbito de uma relação sinalagmática, permite derrogar o rigor do princípio nominalista do art. 1277 do Código Civil [italiano]" (PERLINGIERI, Giovanni. Svalutazione monetaria ed eccessiva onerosità sopravvenuta, cit., p. 1.034). Tradução livre do original: "(...) *poggia proprio sulla ratio ispiratrice della previsione, basata su un principio di tutela dell'equilibrio contrattuale che, quando l'obbligazione pecuniaria è dedotta all'interno di un rapporto sinallagmatico, consente di derogare al rigore del principio nominalistico di cui all'art. 1277 c.c.*". Em sentido contrário, a criticar o que denominou "valorismo" (para demarcar a disparidade em relação ao princípio do nominalismo), v. JANSEN, Letácio. *A face legal do dinheiro*, cit., p. 102 e ss.; o autor sustenta, em síntese essencial, que "a correção monetária desorganiza a ordem jurídica" (Ibid., p. 115).

[504] V., por todos, RODOTÀ, Stefano. *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., *passim*.

[505] Nesse sentido, destaca-se que a compatibilização do regramento contratual com os deveres decorrentes da boa-fé objetiva "reforça, em última análise, a vinculação ao objeto do contrato": "(...) os interesses das partes no contrato, merecedores de tutela pelo ordenamento – para o qual, vale frisar, a livre iniciativa possui estatura constitucional –, não serão sacrificados pela incidência da boa-fé objetiva. Sua aplicação, antes, garantirá o cumprimento das obrigações contratuais com base em postulados hermenêuticos de honestidade e lealdade, o que reforça, em última análise, a vinculação ao objeto do contrato" (TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei nº 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil, cit., p. 497).

[506] A destacar o risco de uma inadequada consagração do método subsuntivo na seara dos princípios (e não só das regras), v. TEPEDINO, Gustavo. La ragionevolezza nell'esperienza brasiliana, cit., p. 1.075.

[507] Em semelhante linha de sentido, afirma-se que "(...) a intervenção do Estado nas relações jurídicas privadas por meio da revisão contratual, ainda que excepcional, nos lindes estabelecidos pelo direito positivo, é

para a máxima (ou mais eficiente) promoção do próprio programa contratual de interesses (também analisado sob o prisma funcional)[508] turbado pela vicissitude superveniente que veio a afetar o equilíbrio contratual. O princípio do equilíbrio contratual constitui, nessa medida, a partir de uma releitura funcional, um corolário da obrigatoriedade dos pactos,[509] ora compreendida de modo efetivamente mais consentâneo com a sua feição principiológica.[510] Tal raciocínio propiciará, na sequência do desenvolvimento da tese, uma releitura da própria taxatividade tradicionalmente associada ao sistema de remédios ao inadimplemento contratual (item 3.1, *infra*).

As premissas ora apresentadas permitem uma breve menção à possibilidade de sistematização das vicissitudes supervenientes aludidas neste item em torno da noção técnica

---

imprescindível para garantir a manutenção e a força vinculante dos contratos. A revisão judicial dos contratos, por meio das diversas teorias que pretendem fundamentá-las, busca, de modo geral, restabelecer o equilíbrio da economia contratual, que foi abalado pela alteração das circunstâncias" (RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier; PRADO, Augusto Cézar Lukascheck. A liberdade contratual e a função social do contrato – alteração do art. 421-A do Código Civil: art. 7º. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Org.). *Comentários à Lei da Liberdade Econômica*: Lei 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 325). Também a partir de similar preocupação, afirma-se, em comentário à figura do *hardship* nas relações comerciais internacionais: "Por paradoxal que seja, suas regras têm o propósito, não de minar, mas de reforçar o *pacta sunt servanda*, pois autorizam a exoneração do devedor, sob certas condições, em casos nos quais a aplicação estrita do *pacta* [*pacta sunt servanda*]levaria, não ao cumprimento, mas à ruptura do vínculo contratual" (GAMA, Lauro. Uma breve história do *hardship*, cit., p. 380). Diante do raciocínio propugnado, observa-se que, ao promoverem o próprio programa contratual de interesses, os remédios deflagrados pelo princípio do equilíbrio contratual não apresentam incompatibilidade, *prima facie*, com a garantia constitucional do ato jurídico perfeito (CRFB, art. 5º, XXXVI): "Também está assente, na jurisprudência, que a garantia constitucional do ato jurídico perfeito não afasta a possibilidade de revisão judicial do contrato" (MATTIETTO, Leonardo. O princípio do equilíbrio contratual, cit., p. 187).

[508] A bem da verdade, tem-se uma dupla manifestação da premissa metodológica relativa à promoção da análise funcional: não apenas o princípio da obrigatoriedade dos pactos, mas também o próprio programa contratual de interesses (cuja promoção é assegurada pela obrigatoriedade) deve ser objeto de uma releitura funcionalmente orientada.

[509] Como sói acontecer com as fórmulas normativas depreendidas de outras antecedentes, afigura-se possível antever eventual resistência ao reconhecimento da autonomia do princípio do equilíbrio contratual diante do princípio da obrigatoriedade dos pactos. Acredita-se, contudo, que, para além do inegável valor didático da distinção, o reconhecimento da *autonomia dogmática* (que definitivamente não há de se confundir com *independência*) tem o mérito de bem demarcar a distinção entre o sentido atribuído à obrigatoriedade dos pactos pela milenar tradição civilista e a renovada acepção ora propugnada.

[510] Nota-se que o presente raciocínio propicia a superação do modelo de "tudo ou nada", característica da aplicação das regras, em prol da atuação dinâmica (pautada na técnica da ponderação), cara aos princípios (v., por todos, DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 24). De todo modo, ainda que se optasse por considerar a obrigatoriedade dos pactos uma autêntica regra (na contramão da sua histórica enunciação como princípio), a matéria não estaria imune à advertência de que todas as espécies normativas (não apenas os princípios, portanto) se sujeitam à técnica da ponderação no contexto da individualização da normativa do caso concreto (v., por todos, TEPEDINO, Gustavo. Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação. *Revista da Academia Paranaense de Letras Jurídicas*, n. 3, 2014, p. 32-33; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 74; e BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 362). A distinção entre regras e princípios se revela, em realidade, mais propriamente quantitativa do que qualitativa (PINO, Giorgio. I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica. In: *Diritto e questioni pubbliche*. Palermo: Università degli Studi di Palermo, 2012, p. 94).

de equilíbrio contratual. Sem embargo das distinções estruturais relevantes na delimitação dos respectivos regimes jurídicos (do que não se pode descuidar, em respeito ao dado normativo a ser tomado em sua unidade e complexidade),[511] as vicissitudes supervenientes inimputáveis a qualquer dos contratantes (como a excessiva onerosidade e a impossibilidade superveniente fortuita) se aproximam, do ponto de vista funcional, pela sua aptidão a acarretarem *desequilíbrio*, ora compreendido, em sentido estrito, como a ausência de correspondência entre o rumo da execução contratual faticamente verificado e o curso normal que legitimamente se deveria associar à promoção do programa contratual. Traduzem, assim, hipóteses patológicas, implicando um desvio de rota a ser corrigido, tanto quanto possível, pelos remédios vocacionados à tutela do equilíbrio contratual.[512]

Tal desvio de rota em que consiste o desequilíbrio pode remontar a uma vasta diversidade de causas, tendo a análise até aqui empreendida levado em consideração vicissitudes supervenientes não imputáveis aos contratantes. Não se deve, porém, descartar a relevância de se investigar se também seria adequada a qualificação, à luz do princípio do equilíbrio contratual, de uma ulterior vicissitude superveniente, marcada pela imputabilidade ao devedor faltoso – o inadimplemento contratual (v. item 2.2, *infra*) – a viabilizar uma possível sistematização dos remédios vocacionados à tutela de tal vicissitude. Trata-se de se buscar conferir tratamento sistemático a tais remédios (v. itens 2.3 e 3.1, *infra*), o que haverá de repercutir diretamente na expansão das hipóteses de cabimento de tais remédios.

2.2. Qualificação do inadimplemento à luz do princípio do equilíbrio contratual: o inadimplemento contratual como circunstância de desequilíbrio imputável ao devedor

O presente item almeja investigar a possibilidade de qualificação do inadimplemento

[511] Assim, por exemplo, não se pode descuidar da diversidade de requisitos entre o regime jurídico da onerosidade excessiva e aquele da impossibilidade superveniente fortuita: "A onerosidade se distingue da impossibilidade superveniente. Naquela há dificuldade para executar uma prestação possível, enquanto nesta o cumprimento é irrealizável. (...) A impossibilidade é causa extintiva do contrato se inimputável, mas não é necessário que o fato seja imprevisível ou extraordinário, como exigido na onerosidade. Isto é, um fato previsível, mas que acontece independentemente da ação da parte pode determinar a extinção do contrato por impossibilidade superveniente" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Volume VI, Tomo II, cit., p. 881).

[512] À luz do raciocínio ora propugnado, o *desequilíbrio* é, por definição, algo patológico no curso do contrato, em contraposição ao caráter fisiológico da materialização dos riscos porventura alocados pelas partes. Nem todo risco, portanto, legitima a atuação dos remédios vocacionados à tutela do equilíbrio contratual: "Não há contrato sem liberdade. Não há liberdade sem responsabilidade. Para bem apreciar os litígios contratuais, é imprescindível estremar os riscos que são conformes à fisiologia do negócio daqueles efetivamente patológicos. O remédio somente deve ser ministrado em caso de doença. Quem age de maneira responsável e coerente não pode ser punido pelo direito" (ZANETTI, Cristiano de Sousa. O risco contratual, cit., p. 467).

contratual à luz do princípio do equilíbrio, com o que será possível delinear algumas possíveis repercussões desse raciocínio. Nessa tarefa, cumpre partir da compreensão de que o inadimplemento constitui, por definição, uma contrariedade ao *adimplemento* (ou *cumprimento*) legitimidade esperado – o qual, por sua vez, não por acaso é compreendido, na tradição civilista, como "o caso normal de extinção, liquidação ou 'solução' de uma relação obrigatória", corolário da premissa basilar de que "as relações obrigatórias existem para ser cumpridas".[513] Diante disso, cumpre começar a investigação a partir da análise do sentido atribuído ao adimplemento contratual pelo direito brasileiro, à luz do desenvolvimento que a civilística logrou conferir à matéria.

Impõem-se, de todo modo, uma advertência preliminar sobre o objeto da análise: a breve incursão no campo da definição do inadimplemento contratual não deve ser tomada como um fim em si mesmo para os objetivos desta tese. Em realidade, a análise do direito positivo e do correlato desenvolvimento doutrinário se move pelo propósito de investigar a viabilidade de qualificação do inadimplemento como uma circunstância de desequilíbrio contratual, do que haverão de decorrer algumas relevantes repercussões.

Em primeiro lugar, a linha de pensamento poderá auxiliar na compreensão do próprio fenômeno do inadimplemento contratual, em especial no que diz respeito ao sentido a ser atribuído ao *interesse útil* no âmbito da distinção entre inadimplemento absoluto e relativo. Em segundo lugar, vislumbra-se que o raciocínio ora proposto possa auxiliar no aperfeiçoamento da sistematização das vicissitudes supervenientes à formação do contrato, na esteira do esforço iniciado no item antecedente, assumindo a relevância do princípio do equilíbrio contratual como cânone valorativo para uma releitura do sistema de remédios ao inadimplemento.

Em busca, então, do sentido atribuído pelo direito brasileiro à noção de adimplemento contratual, logo se percebe que o Código Civil brasileiro absteve-se de fornecer uma conceituação estrita na matéria, seja ao tratar especificamente dos contratos, seja ao tratar da generalidade das relações obrigacionais. No que diz respeito à disciplina da generalidade das obrigações (principal fonte normativa para a compreensão do inadimplemento contratual), nota-se que a análise do Título III ("Do adimplemento e extinção das obrigações") e do Título IV ("Do inadimplemento das obrigações") do Livro I ("Do direito das obrigações") da Parte

[513] "*Las relaciones obligatorias existen para ser cumplidas. Por ello, el cumplimiento ('solutio') es el caso normal de extinción, liquidación o 'solución' de una relación obligatoria*" (HEDEMANN, J. W. *Derecho de obligaciones*. Vol. III. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 191). Em tradução livre: "As relações obrigatórias existem para ser cumpridas. Por isso, o cumprimento ('solutio') é o caso normal de extinção, liquidação ou solução de uma relação obrigatória".

Especial do Código Civil revela que o diploma não se ocupou de conceituar seja o *adimplemento*, seja o *inadimplemento*. Limitou-se o legislador, ao revés, a regular – conquanto sem a melhor sistematicidade possível, conforme se buscará expor na sequência – diversos aspectos do regime jurídico do (in)adimplemento. Ao assim proceder, não andou sem razão o legislador, tendo, em realidade, demonstrado valorosa deferência à advertência geral de que não convém à lei apresentar conceituações sobre os institutos jurídicos.

De todo modo, pode-se extrair bom indício do sentido atribuído ao adimplemento contratual a partir de leitura *a contrario sensu* do dispositivo que inaugura o capítulo dedicado ao tratamento da mora no diploma codificado. Dispõe o art. 394 do Código Civil que "[c]onsidera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer". Diante da dicção legal, a doutrina civilista não tardou a propugnar a vasta amplitude conceitual da mora (e, por via de consequência, do inadimplemento em geral) no direito brasileiro, a tal ponto de tornar questionável (*rectius*: desnecessário), por exemplo, o recurso a formulações com que se buscou, à luz de outros sistemas jurídicos, enquadrar hipóteses nas quais o devedor efetua a prestação, porém de modo imperfeito, inapto a atender ao interesse útil do credor.

A propósito, vale destacar especialmente as formulações teóricas acerca do *descumprimento de deveres laterais de conduta* e do *cumprimento defeituoso*, passíveis de associação, respectivamente, ao desenvolvimento conferido a tais construções pelas experiências alemã (sobretudo por lavra da doutrina da *violação positiva do contrato*) e portuguesa (ora a trabalhar com a própria categoria da *violação positiva do contrato*, ora a preferir a noção de *cumprimento defeituoso*).[514] Analisando-se o tema por ângulo diverso do mais usual – focando-se, então, mais nas consequências do que nas origens das reflexões acerca da viabilidade de importação das referidas formulações teóricas para a experiência brasileira –, observa-se que os debates sobre a violação positiva do contrato e sobre o cumprimento defeituoso findaram por estimular uma oportuna releitura, sob prisma funcional, da noção de (in)adimplemento contratual. A relevância dessas reflexões justifica, então, que se lhes faça breve menção, com o escopo fundamental de investigar a hipótese norteadora do

[514] Relata-se: "Não há previsão legal no Brasil a respeito do cumprimento defeituoso, por vezes também designado como cumprimento imperfeito, inexato, adimplemento ruim ou não satisfatório, entre outros termos. (...) Cuida-se de assunto que a doutrina alemã tradicionalmente trata como violação positiva do contrato, conforme já analisado, cuja figura se esvaiu com a reforma legislativa empreendida em 2001. Entre os autores portugueses, a matéria também é abordada, ora como cumprimento defeituoso, ora mediante alusão à teoria germânica supracitada. A situação não decorre da falta de cumprimento nem do seu atraso, mas dos vícios, defeitos ou irregularidades da prestação efetuada. Ela é realizada, embora não como se impunha" (NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*: requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 51-52).

presente item, qual seja: a viabilidade de qualificação do inadimplemento à luz do princípio do equilíbrio contratual.

Como se sabe, ao menos desde a positivação da boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor o descumprimento dos deveres laterais de conduta muitas vezes é associado, na experiência brasileira, à doutrina da violação positiva do contrato,[515] cujo desenvolvimento dogmático está intimamente relacionado às peculiaridades do sistema jurídico alemão, que lhe serviu de berço.[516] A referida doutrina decorre, em realidade, da construção de Hermann Staub intencionada a suprir uma lacuna do BGB.[517]

Ao analisar a disciplina originária do BGB na seara do cumprimento das obrigações, o referido autor concluiu que o legislador alemão apenas regulava expressamente a impossibilidade superveniente da prestação (§ 280) e a obrigação de indenizar pelos prejuízos decorrentes da mora (§ 286). Advirta-se, desde logo, que tal regime viria a ser modificado com a reforma promovida pelo legislador alemão sobre o direito das obrigações em 2002.[518] Originalmente, porém, considerava-se que o BGB não continha previsão específica para as hipóteses em que o descumprimento do contrato se desse de forma positiva,[519] isto é, a despeito de ter ocorrido prestação tempestiva por parte do devedor, pois neste caso não se

---

[515] Vale mencionar que a expressão *violação positiva do contrato* sofre objeções terminológicas as mais diversas: "Nesse particular, tem-se criticado a expressão 'violação positiva do contrato' ao argumento de que o adjetivo 'positiva' negaria relevância à conduta omissiva do devedor. Afirma-se, além disso, que a violação positiva, consoante a própria fórmula de Staub, poderia ser aplicada também a outras relações obrigacionais fundadas em negócios jurídicos unilaterais, e não contratos, daí decorrendo tentativas variadas de oferecer expressões alternativas, dentre as quais tem merecido destaque a 'violação positiva do crédito' (*positive Forderungsverletzung*)" (SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento (adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras). *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 108, nota de rodapé n. 45). Ainda em matéria de crítica à terminologia adotada na matéria, v. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor* – Resolução. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004, p. 125. Sem embargo da razão contida nas objeções terminológicas, a consagração pelo uso justifica que se mantenha a referência à *violação positiva do contrato*.

[516] As reflexões seguintes foram inicialmente desenvolvidas em SILVA, Rodrigo da Guia. Em busca do conceito contemporâneo de (in)adimplemento contratual, cit., *passim* e, em especial, itens 3 e 4.

[517] A tese encontra-se desenvolvida em STAUB, Hermann. *Die positiven Vertragsverletzungen*. 2. ed. Berlin: Guttentag, 1913, *passim*. Para uma síntese da tese de Staub, v., por todos, CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 594 e ss.; e SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. *A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: LTr, 2008, p. 152.

[518] A chamada *prestação deficiente* passou a ser reconhecida pelo § 281, I do BGB, bem como o descumprimento de deveres auxiliares restou disciplinado pelos §§ 280, III, e 282 do BGB, como relata ZIMMERMANN, Reinhard. Breach of contract and remedies under the New German Law of Obligations. In: BONELL, M. G. (diretto da). *Saggi, conferenze e seminari*, vol. 48. Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 2002, p. 21-22.

[519] Jorge Cesa Ferreira da Silva relata alguns exemplos fornecidos por Staub para demonstrar hipóteses de violação positiva do contrato: "O primeiro é o do fabricante e vendedor de material brilhante que vende o produto para um comerciante. O material continha composto explosivo, mas tal característica não é informada ao adquirente. Em face disso, o material explode na loja do comprador, produzindo vários danos. O segundo caso é o da empresa que presta à outra errônea informação sobre a solvibilidade de um de seus mais conhecidos clientes, provocando-lhe danos. Em ambos os casos, o interesse envolvido não se relacionava aos diretos fins do contrato, mas à proteção do patrimônio da outra parte" (SILVA, Jorge Cesa Ferreira. *A boa-fé a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 221).

fazia possível a subsunção nem à impossibilidade absoluta nem à mora (entendida como o não cumprimento no tempo devido).[520]

Diante da lacuna então identificada no BGB, Staub propôs a aplicação analógica do regime da mora (§ 326)[521] aos casos de prestação deficiente, argumentando que mesmo uma conduta positiva (i.e., prestação realizada no tempo devido) poderia ensejar a obrigação de ressarcir danos quando desrespeitadora de deveres laterais de conduta.[522] Nasceu, assim, a doutrina da violação positiva do contrato, cujo grande mérito parece ter sido o de apresentar uma resposta minimamente satisfatória a uma questão que se mostrava particularmente tormentosa em um sistema fechado de responsabilidade civil como o tedesco.

A construção de Staub não passou imune a críticas no âmbito do direito alemão.[523] Com efeito, emergiram objeções as mais variadas à doutrina da violação positiva do contrato, desde a alegação de falta de unidade no tratamento proposto por Staub até a tese de ausência da suposta lacuna subjacente a todo o seu raciocínio.[524] Destacou-se, nesse contexto, a crítica formulada por Heinrich Stoll,[525] segundo o qual toda obrigação comportaria interesses de prestação e interesses de proteção, cuja violação poderia ensejar a configuração de mora ou de

---

[520] Hermann Sintetiza assim sintetiza a sua preocupação em sistematizar as denominadas *violações positivas do contrato* ("*die positiven Vertragsverletzungen*"): "*Nach § 286 BGB hat der Schuldner dem Gläubiger den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen. Im Verzuge ist, wer eine Leistung unterläßt, zu welcher er verpflichtet ist. Damit ist deutlich und ausreichend Fürsorge getroffen für alle Fälle, wo jemand eine Leistung nicht bewirtt, die er zu bewirten verpflichtet ist, wo jemand unterläßt, was er tun soll. Dagegen enthält das BGB eine Vorschfrift nicht für die zahlreichen Fälle, in denen jemand eine Verbindlichkeit durch positives Tun verleßt, in denen jemand tut, was er unterlassen soll, oder die Leistung die er zu bewirten hat, zwar bewirtt, aber fehlerhaft*" (STAUB, Hermann. *Die positiven Vertragsverletzungen*, cit., p. 5). Em tradução livre: "Segundo o §286 do BGB, o devedor deve ressarcir ao credor o dano causado pela mora. Está, então, em mora quem não cumpre uma prestação à qual está obrigado. Assim se cuidou, de modo claro e suficiente, de todos os casos em que alguém não cumpre uma prestação à qual está obrigado, ou se abstém daquilo que deveria fazer. O BGB não contém, todavia, uma previsão para os numerosos casos em que alguém viola um compromisso mediante conduta positiva, fazendo alguma coisa da qual deveria se abster, ou executando a prestação devida, mas de modo inexato".

[521] STAUB, Hermann. *Die positiven Vertragsverletzungen*, cit., p. 16 e ss.

[522] Ao propósito, v. KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição, cit., p. 226; e TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 107.

[523] "Mais tarde, a doutrina alemã reconheceu o equívoco de interpretação, o qual é atualmente explicado como tendo sido fruto de uma 'ideologia de juristas' ('*Juristenideologie*')" (MEDINA, Francisco Sabadin. *Compra e venda de coisa incerta no direito civil brasileiro*: uma análise do dever do vendedor no Código Civil de 2002. Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 181).

[524] As principais críticas direcionadas à formulação de Hermann Staub são sintetizadas por António Menezes Cordeiro: "Censurou-se, assim, que, à designação unitária de violação do contrato se abrigavam, na realidade, fenómenos diferentes. A diversidade foi-se ampliando à medida que as investigações posteriores, impulsionadas pelas necessidades práticas, foram multiplicando as modalidades iniciais. (...) Outra crítica de relevo consistiu em negar a presença de uma lacuna, o que estava na origem de toda a construção subsequente: as várias realidades unificadas por Staub e seus seguidores reconduzir-se-iam a diversas disposições legais do BGB" (CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 596-597).

[525] A crítica foi originalmente desenvolvida em STOLL, Heinrich. *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*. *Archiv für die civilistische Praxi*, 136. Bd., 1932, p. 257-320. Como se nota, o título adotado pelo autor ("Despedida da doutrina da violação positiva do contrato", em tradução livre) evidencia a sua oposição direta à doutrina desenvolvida por Hermann Staub.

inadimplemento absoluto, sem que fosse necessário recorrer à categoria da violação positiva do contrato.[526]

Sem embargo das críticas já formuladas no âmbito do próprio direito alemão – muitas das quais inspiraram a reforma da disciplina das obrigações no BGB no início deste século –,[527] a doutrina da violação positiva do contrato tem recebido considerável acolhida no Brasil e alhures.[528] Entre os principais argumentos que justificariam a adoção da referida doutrina no direito brasileiro, dois merecem especial destaque, ambos consistentes em se afirmar que a violação positiva serviria a colmatar a lacuna supostamente existente no conceito de mora adotado pelo art. 394 do Código Civil.

Argumenta-se, em primeiro lugar, que a menção ao "tempo, lugar e forma" não abrangeria o *modo* de cumprimento das obrigações, de modo que restariam carentes de regulação as hipóteses de cumprimento imperfeito das obrigações.[529] Ao lado da questão atinente ao *modo* de cumprimento das obrigações, afirma-se que o conceito legal de mora padeceria, ainda, de lacuna no tocante aos *interesses de proteção*. A partir da distinção doutrinária entre interesses de prestação e de proteção,[530] sustenta-se que a disciplina legal da

[526] Para um relato detido acerca da construção teórica de Heinrich Stoll, um dos principais opositores à proposição de Hermann Staub, v. CORDEIRO, António Menezes *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 586 e segs.

[527] Pertinente, neste ponto, o relato de Aline Terra: "Em 01.01.2002, entrou em vigor uma das mais profundas reformas do BGB desde sua sanção, a remodelar grande parte do direito das obrigações. (…). A reforma introduziu, ainda, a possibilidade legal de resolução do contrato diante do não cumprimento adequado da prestação pelo devedor, a abarcar, a um só tempo, os casos de infração de deveres acessórios que diretamente tenham relação com a prestação principal, bem como as situações em que o devedor infrinja deveres acessórios não vinculados à prestação principal em si mesma considerada" (TERRA, Aline de Miranda Valverde. A questionável utilidade da violação positiva do contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 101, p. 181-205, set.-out./2015, p. 8-9). Para uma análise mais detida da reforma, cf. ZIMMERMANN, Reinhard. Breach of contract and remedies under the New German Law of Obligations, cit., p. 21 e ss.

[528] Ilustrativamente, parte da doutrina de Portugal pugna pelo reconhecimento da doutrina da violação positiva do contrato. V., entre outros, CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 602.

[529] Assim se manifesta AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 126.

[530] Segundo certa vertente da doutrina, essa seria uma relevante bipartição dos deveres laterais de conduta (v., por todos, MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 523). De todo modo, como sói suceder em matéria de classificações – seara na qual mais importa a utilidade prática do que a suposta correção teórica –, a distinção entre *deveres de prestação* e *deveres de proteção* não é unânime em doutrina. António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, por exemplo, propõe classificação tripartida entre deveres acessórios de *proteção*, de *esclarecimento* e de *lealdade* (CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 604-606). Idêntica classificação é adotada, na civilística pátria, por AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 14, p. 20-26, abr.-jun./1995, p. 26; e SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 106 e ss. As categorias em comento guardam certas características comuns, as quais podem se sobrepor em cada caso concreto, porém parece possível afirmar que a utilidade geral da classificação consiste em chamar a atenção do intérprete para a circunstância de que, em cada caso concreto, alguns deveres buscam promover mais imediatamente o pleno adimplemento contratual (a saber, os chamados deveres anexos), enquanto outros visam apenas mediatamente a tal finalidade, ocupando-se primordialmente a assegurar a posição dos envolvidos e, com isso, evitar prejuízos (os deveres de proteção). Trata-se, portanto, de classificação que auxilia o intérprete no momento de aferir a concreta satisfação dos interesses que caracterizam o pleno adimplemento contratual, sem que com isso se pretenda consagrar uma classificação abstrata dos deveres

mora se restringiria aos deveres imediatamente vinculados aos interesses de prestação, razão pela qual a doutrina da violação positiva do contrato apresentaria especial utilidade para a tutela dos deveres mais diretamente relacionados aos interesses de proteção.[531] Na sequência do raciocínio, afirma-se que a distinção entre interesses de prestação e de proteção justificaria que a violação positiva do contrato (entendida como o descumprimento de deveres de proteção) apenas pudesse suscitar a indenização pelas perdas e danos, mas não a resolução do contrato, em razão de não estar em jogo a tutela imediata dos chamados interesses de prestação.[532]

De fato, interpretação tendencialmente mais literal e restritiva do art. 394 do Código Civil poderia levar às conclusões que se acaba de expor. Parece mais adequado, porém, reconhecer que referida linha de raciocínio, para além de não corresponder à melhor exegese do dado normativo, findaria por reduzir os potenciais efeitos da noção contemporânea de obrigação e da cláusula geral de boa-fé objetiva sobre a disciplina do inadimplemento contratual. Constata-se, com efeito, não haver qualquer razão aparente no sistema que justifique a interpretação do art. 394 do Código Civil de modo a reduzi-lo à tutela dos denominados *interesses de prestação*. O inadimplemento relativo no direito civil brasileiro constitui categoria suficientemente ampla a englobar tanto os interesses de prestação quanto os interesses de proteção.

Em realidade, sequer se justifica a distinção rígida e estanque entre tais espécies de interesses e, tampouco, o subsequente tratamento apartado entre a violação a deveres anexos (ou deveres de prestação) e a violação a deveres de proteção. Isso porque ambos se relacionam, imediata ou mediatamente, às obrigações contratuais principais e secundárias, de modo a atribuir à distinção feição eminentemente quantitativa, e não qualitativa. Parece mais adequado, portanto, conforme oportunamente destacado pela doutrina contemporânea,

---

obrigacionais. Assim se sustentou em SILVA, Rodrigo da Guia. Em busca do conceito contemporâneo de (in)adimplemento contratual, cit., p. 302.

[531] Nesse sentido, afirma-se: "Conforme se constata, a figura da violação positiva do crédito restringe-se somente aos deveres de proteção não ligados de modo direto aos deveres de prestação. Assim, não se pode sustentar a violação positiva do crédito quando se tratar do descumprimento de deveres ou primários, ou secundários, ou laterais, os quais formem o interesse de prestação do credor. Em ocorrendo essas hipóteses, pode-se afirmar a existência ou do inadimplemento absoluto ou do inadimplemento relativo" (HAICAL, Gustavo. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever lateral advindo da boa-fé objetiva. *Revista dos Tribunais*, vol. 900, p. 45-84, out./2010, p. 57-58). Idêntica conclusão é alcançada por MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 691.

[532] "Abrangendo a figura da violação positiva do crédito tão somente o descumprimento de dever de proteção decorrente da boa-fé objetiva, inserto em interesse de proteção (e que, portanto, tem vinculação apenas mediata com o dever de prestação), o incumprimento gera direito às perdas e danos, e não à resolução, não tendo a violação positiva do crédito, de regra, a virtualidade de gerar o nascimento do direito formativo extintivo de resolução *lato sensu*" (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 691)". No mesmo sentido, v. HAICAL, Gustavo. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever lateral advindo da boa-fé objetiva, cit., p. 58.

reconhecer que a configuração do inadimplemento contratual dependerá necessariamente da demonstração de violação à causa concreta do contrato em análise. Afasta-se, assim, a enunciação apriorística de que a frustração dos interesses de proteção não poderia deflagrar o direito à resolução contratual e se consolida, ao revés, a imprescindibilidade da análise da causa em concreto para a configuração do inadimplemento contratual.

Todo o exposto leva a crer que o conceito amplo de mora adotado pelo art. 394 do Código Civil permite a configuração do inadimplemento relativo não apenas diante do *atraso* no cumprimento,[533] mas igualmente nas hipóteses de violação a deveres laterais de conduta decorrentes da boa-fé objetiva, bem como nas hipóteses de cumprimento defeituoso da prestação. O limite da mencionada amplitude do conceito legal de mora coincidirá com a subsistência do interesse útil do credor, critério consagrado no sistema brasileiro para a distinção entre o inadimplemento relativo e o absoluto, conforme desenvolvimento na sequência deste item.

Assim, justamente em decorrência da adoção do aludido conceito amplo de mora não se vislumbra necessidade ou utilidade para o reconhecimento nem da *violação positiva do contrato* nem do *cumprimento defeituoso* como categorias supostamente autônomas no direito brasileiro.[534] Não subsiste, portanto, hipótese de cumprimento *imperfeito* no direito brasileiro que já não esteja abarcada pelo conceito amplo de inadimplemento do Código Civil.[535] Afinal,

---

[533] Assim já entendia Agostinho Alvim sob a égide do Código Civil de 1916, cujo art. 955 continha previsão semelhante à do atual art. 394: "(...) é certo que a mora, via de regra, manifesta-se por um retardo, embora, em face do nosso Código, e rigorosamente falando, ela seja antes a imperfeição no cumprimento da obrigação (tempo, lugar, forma – art. 955 CC)" (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 29). Não se trata, porém, de entendimento unânime. Jorge Cesa Ferreira da Silva, por exemplo, sustenta: "Apesar dos termos da definição legal, a mora no direito brasileiro continua vinculada exclusivamente ao tempo da prestação" (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 146). Ainda a sustentar conceito restrito de mora, v. STEINER, Renata C. *Descumprimento contratual*: boa-fé e violação positiva do contrato. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2014, p. 153 e ss. Parece mais adequado, diversamente, entender que não se deve confundir o elemento *demora* (um dos possíveis pressupostos da mora) com um equivocado *status* de único elemento caracterizador do inadimplemento relativo, como elucida TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 103-104.

[534] "Não se vislumbra considerar o cumprimento defeituoso como figura autônoma no Direito pátrio, porque desnecessário" (NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*, cit., p. 52). Assim também conclui, a respeito da violação positiva do contrato, FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 17.

[535] "Nesse sentido, o cumprir assume carga mais intensa e ampla, traduzindo-se em um cumprir bem. Não basta, portanto, ao devedor prestar; a prestação deve satisfazer os interesses do credor – em certa medida, pode-se dizer que a prestação, realizada pelo comportamento do devedor, deve ser útil. Verifica-se, pois, um verdadeiro 'alargamento do objeto da obrigação', sobretudo diante do influxo da cláusula geral de boa-fé, a impor deveres de conduta aos contratantes. Nessa dinâmica, não basta ao alienante simplesmente entregar ao adquirente o bem objeto do contrato; deve ainda assegurar a posse pacífica e útil da coisa. Se por um lado o caráter pacífico remete à evicção, por outro a utilidade significa que o bem deve estar apto a cumprir as funções a que – segundo o contrato, a boa-fé ou os usos – se destina. (...) Está-se, aqui, justamente no terreno do cumprimento imperfeito pela entrega, por força de contrato comutativo, de bem defeituoso – no terreno dos vícios redibitórios" (GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro*: função e estrutura. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Rio de Janeiro, 2013, p. 30-31).

"[i]mperfeição é falha, defeito. É hipótese em que há incorreção no cumprimento".[536]

Trata-se, a bem da verdade, de entendimento sedimentado de longa data pela doutrina empenhada na identificação do cabimento da exceção de inadimplemento prevista pelo art. 476 do Código Civil (a exceção de contrato não cumprido, registrada no original latino como "*exceptio non adimpleti contractus*") não apenas diante da ausência absoluta de prestação, mas igualmente diante de prestação efetuada de modo inadequado ou imperfeito.[537] Não surpreende, aliás, que tradicionalmente se tenha sustentado que a exceção de inadimplemento na feição ora em comento (referida por "*exceptio non rite adimpleti contractus*" – "exceção de contrato não adequadamente cumprido", em tradução livre) estaria "vinculada ao adimplemento imperfeito (seja pelo cumprimento defeituoso, seja pelo descumprimento de dever secundário ou de dever anexo) e à hipótese da violação positiva do crédito (descumprimento de dever de proteção)".[538] À luz do estágio atual do desenvolvimento do direito contratual pátrio, contudo, afigura-se possível (e suficiente) o reconhecimento de que a exceção de contrato não cumprido engloba as hipóteses fáticas que outrora estariam vinculadas à figura da *exceptio non rite adimpleti contractus*,[539] na esteira da compreensão preliminar de que o *inadimplemento* engloba as noções de *cumprimento defeituoso* e *violação positiva do contrato*.[540]

---

[536] NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*, cit., p. 52. Semelhante conclusão se encontra na doutrina portuguesa: "O incumprimento é um ato devido cuja ocorrência é futura e incerta ao tempo da celebração do contrato. Tem, pois, no contrato a natureza de circunstância eventual quase-potestativa que, em sentido amplo, compreende qualquer perturbação da prestação, incluindo a desconformidade do objeto, a inobservância do modo e de outras circunstâncias do cumprimento e de deveres acessórios de boa-fé" (ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos*. Volume IV. Coimbra: Almedina, 2014, p. 217).

[537] Como se sabe, a *exceptio non rite adimpleti contractus* foi concebida em doutrina para justificar a oposição da exceção de inadimplemento não apenas quando a prestação (correspectiva à que se pretendesse retardar) fosse integralmente descumprida pela contraparte, mas igualmente quando a prestação fosse cumprida de modo insatisfatório: "Mais apuradamente se assenta o princípio, atendendo-se a que cada um dos contratantes está sujeito ao cumprimento estrito das cláusulas contratuais, e, em consequência, se um não o faz de maneira completa, pode o outro opor-lhe em defesa esta exceção levada ao extremo de recusar a *res debita* se, cumprido embora o contrato, não o fez aquele de maneira perfeita e cabal (...), vale dizer que deixa de prestar e a isto se não sente obrigado, porque a inexatidão do implemento da outra parte equivale à falta de execução" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. III. 19 ed. Atual. Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 139)

[538] Judith Martins-Costa vislumbra a relação entre a *exceptio non rite adimpleti contractus* e a denominada violação positiva do contrato: "Esta [a *exceptio non rite adimpleti contractus*] é vinculada ao adimplemento imperfeito (seja pelo cumprimento defeituoso, seja pelo descumprimento de dever secundário ou de dever anexo) e à hipótese da violação positiva do crédito (descumprimento de dever de proteção), sua *ratio* concernindo diretamente à boa-fé" (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 647).

[539] "Deste modo, a '*exceptio non rite adimpleti contractus*' não passa de outra face do instituto da '*exceptio non adimpleti contractus*'", do qual substancialmente não difere (NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*, cit., p. 55).

[540] Nesse sentido, já se pôde sustentar que "a *exceção de contrato não adequadamente cumprido* perde importância no direito brasileiro contemporâneo em decorrência do conceito amplo de mora adotado pelo legislador e do renovado conceito de inadimplemento contratual – a rigor, o mesmo fundamento pelo qual parece perder importância a doutrina da violação positiva. Em suma, no renovado direito obrigacional, a *exceptio non adimpleti contractus* pode abarcar satisfatoriamente as hipóteses outrora associadas à *exceptio non rite adimpleti*

À luz de tais premissas, percebe-se que a categoria do inadimplemento contratual, tal como concebido e regulado pelo direito brasileiro, abrange as hipóteses de descumprimento de deveres laterais de conduta que vieram a originar a doutrina tedesca da violação positiva do contrato.[541] Percebe-se, com efeito, que as aparentes lacunas do BGB que impulsionaram o desenvolvimento da teoria da violação positiva do contrato não se verificam no Código Civil brasileiro.[542] Tal conclusão decorre, fundamentalmente, de duas constatações. Em primeiro lugar, o conceito de mora adotado pelo legislador brasileiro (CC, art. 394) expressamente abrange, além do *tempo*, o *lugar* e a *forma* devidos, já tendo a civilística logrado demonstrar que a *forma* a que alude o art. 394 do Código Civil, sem se confundir com o elemento formal (no sentido de modo de exteriorização da vontade) relevante na seara do estudo dos elementos essenciais negócio jurídico, corresponde efetivamente à "maneira de ser (coisa) ou fazer (fato) da prestação".[543] Diante disso, as situações que, no direito alemão, poderiam vir a justificar o recurso à categoria da violação positiva do contrato, no direito pátrio não traduzem mais do que o cumprimento imperfeito da obrigação, suscetível de caracterizar o inadimplemento absoluto ou relativo – conforme pereça ou subsista o interesse útil do credor.

Em segundo lugar, não bastasse o referido conceito amplo de mora adotado pelo codificador brasileiro, tem-se que o enquadramento dogmático dos deveres laterais de conduta na disciplina geral do inadimplemento decorre da releitura funcional que se tem conferido à matéria na civilística contemporânea. De fato, a ascensão da análise funcional reclama do intérprete-aplicador do direito, na seara contratual, o reconhecimento da complexidade obrigacional e, sobretudo, da finalidade ínsita a todas as situações jurídicas subjetivas

---

contractus" (SILVA, Rodrigo da Guia. Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido, cit., p. 78). Semelhante conclusão já fora enunciada por Miguel Maria de Serpa Lopes: "Em síntese: a *exceptio non rite adimpleti contractus* não passa de uma outra face do instituto da *exceptio non adimpleti contractus*, do qual substancialmente não difere, considerando-se o alargamento que a Doutrina e Jurisprudência têm introduzido na *exc. n. ad. cont.*" (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Exceções substanciais*: exceção de contrato não cumprido. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 303).

[541] "Esse conceito de mora, tal como adotado pelo direito brasileiro, demanda soluções distintas daquelas encontradas em ordenamentos estrangeiros. Por exemplo, é exatamente pelo fato de a mora no direito brasileiro englobar os fatores espacial e modal, afastando-se da definição mais enxuta feita alhures que a restringe ao fator temporal, que a teoria da violação positiva do contrato, engendrada no direito alemão, tem pouca adequação e precisão no ordenamento jurídico nacional" (FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*, cit., p. 17).

[542] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE, 2004, p. 126.

[543] NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*, cit., p. 54.

eventualmente titularizadas pelos contratantes.[544] Desse modo, não se pode reputar plenamente adimplido um contrato apenas com base na análise estrutural do cumprimento da obrigação contratual principal,[545] assim como não é possível afirmar o inadimplemento em hipótese na qual o descumprimento de alguma dessas obrigações não tenha acarretado qualquer prejuízo à satisfação do interesse útil do credor.[546]

A análise funcional do adimplemento reclama, em suma, a promoção da causa contratual concreta.[547] Com efeito, superadas as concepções que restringiam a análise do cumprimento da obrigação à satisfação do interesse psicológico do credor,[548] bem como as proposições que findavam por reduzir o inadimplemento à noção de impossibilidade da prestação,[549] deve-se reconhecer que a noção de adimplemento sob uma perspectiva funcional remete, inexoravelmente, à causa negocial concreta,[550] capaz de congregar o complexo dos interesses tangenciados pelo contrato e a síntese dos efeitos essenciais decorrentes do

---

[544] "A perspectiva funcional significa reconhecer que a totalidade obrigacional existe em razão de um fim, que a polariza e dinamiza: o adimplemento. Todos os direitos, subjetivos e potestativos, ônus e deveres, poderes e faculdades, toda a situação jurídica complexa têm existência temporária orientada a atingir um fim objetivamente considerado, que deve concretizar-se em um conjunto de interesses merecedor de tutela" (KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição, cit., p. 222). Em que pese a diversidade de conclusão no tocante à qualificação do descumprimento dos deveres laterais de conduta, faz-se de grande pertinência a lição de Hermann Staub, a destacar a importância de promoção do que denominou *escopo contratual*: "Quem pratica atos positivos de inadimplemento, que comprometam o alcance do escopo do contrato, deve suportar que as consequências jurídicas dessa violação da obrigação sejam valoradas tal como aquelas violações de quem, com a própria conduta negativa, prejudica o alcance do escopo contratual mediante o atraso culpável da prestação devida" (STAUB, Hermann. *Le violazioni positive del contrato*. Trad. Giovanni Varanese. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, p. 55-56. Tradução livre da versão italiana).

[545] No sentido da superação da perspectiva meramente estrutural da obrigação, v. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé a violação positiva do contrato*, cit., p. 65-66.

[546] SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento, cit., p. 109-110.

[547] Nesse sentido, Anderson Schreiber identifica o adimplemento com o atendimento da função concreta do contrato: "(...) o que o adimplemento exige não é tanto a satisfação do interesse unilateral do credor, mas o atendimento à causa do contrato (...). Se o comportamento do devedor alcança aqueles efeitos essenciais que, pretendidos concretamente pelas partes com a celebração do negócio, mostram-se merecedores de tutela jurídica, tem-se o adimplemento da obrigação, independentemente da satisfação psicológica ou não do credor" (SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento, cit., p. 107). O autor arremata: "É o atendimento a essa função concreta do negócio, e não mais o cumprimento meramente estrutural da prestação principal contratada, que define o adimplemento, em sua visão contemporânea" (Ibid., p. 108).

[548] "Não se trata dos motivos ou desejos que, eventualmente, o animavam, mas da expectativa resultante dos dados objetivos fornecidos pelo contrato, por isso legítima" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 133). Em sentido semelhante, afirma-se: "Se o comportamento do devedor alcança aqueles efeitos essenciais que, pretendidos concretamente pelas partes com a celebração do negócio, mostram-se merecedores de tutela jurídica, tem-se o adimplemento da obrigação, independentemente da satisfação psicológica ou não do credor. (...) É o atendimento a essa função concreta do negócio, e não mais o cumprimento meramente estrutural da prestação principal contratada, que define o adimplemento, em sua visão contemporânea" (SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento, cit., p. 107-108).

[549] A ilustrar tal posição, veja-se a lição de Agostinho Alvim: "Dá-se o inadimplemento absoluto quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá sê-lo, como no caso de perecimento do objeto, por culpa do devedor. Mais precisamente: quando não mais subsiste para o credor a possibilidade de receber" (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 15).

[550] A destacar a relevância da análise da causa contratual concreta, v. SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento, cit., p. 107-108.

concreto regulamento contratual.[551] Trata-se precisamente do conteúdo hodiernamente associado à noção de *interesse útil do credor*.[552]

Configurar-se-á inadimplemento, portanto, quando restar violada a causa contratual em concreto,[553] não podendo a investigação do intérprete se limitar à análise estrutural do cumprimento ou descumprimento das obrigações principais e secundárias.[554] Não adimple verdadeiramente o contrato a parte que, nada obstante respeite as obrigações contratuais expressas, atua em sentido manifestamente contrário ao resultado útil do contrato. Em suma, adimplir o contrato não se resume a cumprir prestações abstratamente reputadas *principais*.[555]

No âmbito dessa releitura funcional do adimplemento contratual, adquirem especial

---

[551] Assim conclui Eduardo Nunes de Souza: "Apenas nessa perspectiva, em aparente paronímia dogmática, poder-se-ia dizer que o termo *causa* atende a, pelo menos, dois conceitos distintos, funcionando como chave de acesso, tanto à síntese dos interesses tangenciados pelo negócio, quanto à sua mínima unidade de efeitos – afinal, são estes os fatores que se revelam quando se analisa dinamicamente um ato de autonomia privada. Contudo, no âmbito (anterior) de uma epistemologia da hermenêutica jurídica (da qual a causa, agora sim, constitui objeto de estudo), a suposta dicotomia conceitual se dissolve: aqui, a causa pode ser compreendida simplesmente como a representação dinâmica do negócio jurídico, em superação da visão exclusivamente estruturalista" (SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato, cit., p. 84).

[552] "Por evidência, deve-se atentar para o interesse em concreto de determinado credor em específica relação contratual. Todavia, a aferição da utilidade da prestação há de ser feita com base em critérios objetivos, visualizando-se todo o programa contratual de fora, e não apenas a partir da individual subjetividade do credor – o que poderia ensejar arbitrariedades e chancelar simples caprichos –, sob pena de se sufragar e recair em vetusta orientação voluntarista. Indaga-se, em síntese, do interesse concreto do credor, objetivamente inserido na função contratual" (FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*, cit., p. 31).

[553] Maria Celina Bodin de Moraes demonstra a complementariedade entre função negocial abstrata e concreta: da primeira "(...) se extrai o conteúdo mínimo do negócio, aqueles efeitos mínimos essenciais sem os quais não se pode, em concreto – ainda que assim se tenha idealizado –, ter aquele tipo, mas talvez um outro, ou mesmo nenhum. (...) Já a função concreta diz respeito ao efetivo regulamento de interesses criado pelas partes, e não se pode, *a priori*, estabelecer, naquele particular negócio, quais efeitos são essenciais e quais não o são. Para a qualificação do concreto negócio será necessário examinar cada particularidade do regulamento contratual, porque uma cláusula aparentemente acessória pode ser, em concreto, o elemento individualizador da função daquele contrato" (MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos, cit., p. 13).

[554] Assim leciona Anderson Schreiber: "Na definição tradicional, inadimplemento é o não cumprimento da prestação tal como pactuada. (...) O inadimplemento seria, assim, um conceito puramente estrutural: não cumprida a prestação, há inadimplemento" (SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*, cit., p. 347). O autor arremata: "(...) as noções de adimplemento e inadimplemento das obrigações precisam ser encaradas em uma visão funcional, que dê conta de toda a complexidade da relação obrigacional no seu dinâmico desenrolar em direção a certo fim. O adimplemento, que libera o devedor, dando fim à relação obrigacional, bem como o inadimplemento, que deflagra consequências sancionatórias sobre o devedor, não podem ser encarados de forma tão estreita, a partir da literalidade da forma como a prestação foi pactuada no título obrigacional – título no qual a relação obrigacional encontra sua fonte, mas do qual naturalmente se distancia e, em certa medida, se desprende ao longo da evolução da relação entre as partes" (SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*, cit., p. 347-348). No sentido da superação da perspectiva meramente estrutural da obrigação, v., ainda, SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé a violação positiva do contrato*, cit., p. 65-66.

[555] "A ampliação do conceito de adimplemento, diante dos deveres de conduta impostos ao devedor, implica, na mesma medida, o alargamento da noção de inadimplemento. Vale dizer, se para se reputar o devedor adimplente se impõe a observância não apenas do dever principal de prestação, mas também, com a mesma acuidade, dos deveres de conduta, significa que se considera inadimplente o devedor que não cumpre o dever principal de prestação e/ou os deveres de conduta impostos pela sistemática obrigacional. Em sentido amplo, portanto, inadimplemento significa a não realização da prestação devida, e não apenas o descumprimento da prestação principal" (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Cláusula resolutiva expressa e resolução extrajudicial. *Civilistica.com***.** Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, p. 1-19, jul.-set./2013, p. 6).

relevo os deveres laterais de conduta. Integrados ao regulamento negocial por imposição da cláusula geral de boa-fé objetiva,[556] tais deveres visam à promoção de certos interesses que se incorporam ao programa contratual revelado pela investigação da causa contratual concreta.[557] Desse modo, o descumprimento dos deveres laterais de conduta, por influenciar a promoção da causa em concreto, tem o condão de deflagrar a caracterização de inadimplemento contratual.[558]

Como se nota, à luz das premissas expostas, o estudo do inadimplemento contratual se desvincula da perspectiva exclusivamente estrutural, dada a inevitável inaptidão desta a compreender o fenômeno obrigacional em toda a complexidade que lhe é inerente.[559] Ao revés, a complexidade inequivocamente associada às obrigações reclama a adoção de postura atenta ao pluralismo e ao dinamismo do fenômeno obrigacional,[560] que somente pode ser devidamente compreendido a partir de perspectiva funcional, atenta às vicissitudes da relação obrigacional concretamente entabulada pelas partes.[561] Tal linha de raciocínio repercute

---

[556] Pertinente, no ponto, a síntese de Stefano Rodotà sobre o fenômeno da heterointegração dos contratos: "De fato, com a heterointegração (...) se alude a formas de intervenção sobre o contrato que vão além do amplo desenvolvimento da lógica da declaração e que, portanto, se acrescentam à atividade das partes na construção do definitivo regulamento contratual" (RODOTÀ, Stefano. *Le fonti di integrazione del contrato*, cit., p. 9. Tradução livre do original). Em sentido semelhante, v. STEINER, Renata C. *Descumprimento contratual*, cit., p. 71.

[557] SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato, cit., p. 84.

[558] V. HAICAL, Gustavo. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever lateral advindo da boa-fé objetiva, cit. p. 64.

[559] "A relação obrigacional somente pode ser corretamente compreendida quando examinada sob seu perfil estrutural e sob o funcional. A doutrina tradicional, dentro de uma perspectiva voluntarista, definia a tutela da obrigação a partir de uma análise estritamente estrutural, ou seja, mediante a identificação dos sujeitos (quem) e daquilo que se prometeu (o quê). (...) Contudo, a doutrina mais moderna, reconhecendo a insuficiência da análise exclusivamente estrutural, destaca que a disciplina da relação obrigacional deve partir prioritariamente da investigação das finalidades que as partes perseguem com o cumprimento da obrigação. A própria razão para o ordenamento tutelar determinada relação obrigacional passa pela apreciação da legitimidade das suas finalidades, exigindo-se, nesse sentido, que o interesse do credor no cumprimento da obrigação seja digno de tutela. Afinal, não se pode admitir que o devedor consinta em despojar-se de parte de sua liberdade, contraindo uma obrigação perante o credor, se não for para atender um interesse considerado, à luz dos valores que informam o ordenamento jurídico, merecedor de tutela" (KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais, cit., p. 1-2).

[560] "Chega-se, portanto, à concepção pluralista e dinâmica da relação obrigacional, que supera a concepção tradicional, marcadamente formalista e abstrata. A obrigação é relação jurídica cujo conteúdo, variável e complexo, se define no caso concreto em função dos legítimos interesses a serem tutelados – especialmente o do credor – e se vai constituindo pelos diversos deveres acessórios de conduta que completam e integram o núcleo central, composto pelo dever de prestar do devedor e pelo direito de exigir a prestação do credor" (KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais, cit., p. 3).

[561] Assim adverte Pietro Perlingieri, ao tratar das causas extintivas das obrigações em geral: "*La soluzione di questo impegnativo problema (...) exige un'indagine in chiave funzionale, che tenga conto cioè della valutazione degli interessi, considerati non genericamente (spesso, infatti, ci si limita a dividere le obblgazioni in categorie, in tipi: obbligazioni di dare, obbligazioni di fare, obbligazioni di restituire, e cosí via) ma singolarmente e concretamente*" (PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Camerino-Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1972, p. 21). Em tradução livre: "A solução para este problema desafiador (...) requer uma abordagem em chave funcional, que leve em conta a valoração dos interesses, considerados não genericamente (frequentemente, de fato, limitamo-nos a dividir as obrigações em categorias, em tipos: obrigações de dar, obrigações de fazer, obrigações de restituir, e assim por diante), mas singularmente e concretamente".

diretamente sobre a compreensão do adimplemento e do inadimplemento: em sintonia com as transformações gerais na matéria – em especial, a *funcionalização das obrigações* –,[562] o adimplemento deixa de ser encarado como ponto estático de término da relação obrigacional e passa a ser compreendido como o verdadeiro propósito que "atrai e polariza a obrigação".[563]

Busca-se, com isso, assegurar que o adimplemento seja examinado, em perspectiva funcional, "à luz do propósito efetivamente perseguido pelas partes com a constituição da específica relação obrigacional",[564] em atenção ao "escopo econômico da relação".[565] O cumprimento do dever principal de prestação pelo devedor, conquanto traduza relevante aspecto a ser levado em consideração – com aptidão a demonstrar, na generalidade das hipóteses, a regularidade do pagamento –, passa a ser reputado insuficiente para que se tenha por verdadeiramente adimplido o contrato pelo devedor. Não por acaso, reconhece-se, em comparação com o modelo mais tradicional, uma autêntica ampliação do conceito de adimplemento, a acarretar, como não poderia deixar de ser, um alargamento da correlata noção de inadimplemento.[566]

Do acertado reconhecimento da imprescindibilidade do exame funcional para a análise do inadimplemento não se deve, contudo, extrair eventual conveniência do recurso a formulações que associam o inadimplemento (ou outras vicissitudes supervenientes, em geral)

---

[562] "Todas estas transformações desembocam na funcionalização da relação obrigacional. A perspectiva funcional significa reconhecer que a totalidade obrigacional existe em razão de um fim, que a polariza e dinamiza: o adimplemento. (...) A transformação não é puramente conceitual, pois implica a reformulação das regras aplicáveis às obrigações. Determinar se a obrigação foi ou não cumprida passa a ser tarefa árdua, na medida em que a própria determinação do adimplemento – e do inadimplemento – se transforma" (KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição, cit., p. 222).

[563] SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 17.

[564] "O adimplemento é tradicionalmente estudado em perspectiva puramente estrutural. (...) A rigor, o adimplemento ou inadimplemento da obrigação deve ser examinado à luz do propósito efetivamente perseguido pelas partes com a constituição da específica relação obrigacional" (SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*, cit., p. 333-334).

[565] "Abandona-se, em definitivo, a concepção estrutural do adimplemento, segundo a qual bastava a simples execução da prestação principal para que se considerasse o devedor adimplente, em favor de perspectiva funcional, a exigir, para a configuração do adimplemento, o cumprimento da prestação devida em concreto, que pressupõe, além da execução do comportamento dirigido à execução da prestação principal, a observância de todos os deveres de conduta impostos pela sistemática obrigacional que se façam instrumentalmente necessários ao efetivo atendimento do escopo econômico da relação, satisfazendo, assim, o interesse objetivo do credor" (TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor, cit., p. 100).

[566] "A ampliação do conceito de adimplemento, diante dos deveres de conduta impostos ao devedor, implica, na mesma medida, o alargamento da noção de inadimplemento. Vale dizer, se para se reputar o devedor adimplente se impõe a observância não apenas do dever principal de prestação, mas também, com a mesma acuidade, dos deveres de conduta, significa que se considera inadimplente o devedor que não cumpre o dever principal de prestação e/ou os deveres de conduta impostos pela sistemática obrigacional. Em sentido amplo, portanto, inadimplemento significa a não realização da *prestação devida*, e não apenas o descumprimento da prestação principal" (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Cláusula resolutiva expressa e resolução extrajudicial, cit., p. 6). V., ainda, TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor, cit., p. 99-100.

a uma noção de *falta superveniente da causa*.[567] Afinal, o inadimplemento e as demais vicissitudes supervenientes não implicam o esmorecimento da causa contratual concreta, mas sim um desvio entre o curso efetivo da execução contratual e a rota imposta pelo programa contratual – que, como visto, apenas pode ser compreendido, em toda sua complexidade, a partir de exame funcional.

Fosse correta a enunciação da falta superveniente da causa, haver-se-ia de reconhecer, a rigor, o desaparecimento da própria relevância normativa do programa originário de interesses, diante da pretensa supressão dos interesses e efeitos essenciais sintetizados justamente na causa contratual. Tal desfecho, contudo, denotaria um autêntico contrassenso, ao implicar o reconhecimento de que a perturbação do programa contratual (para cuja exequibilidade o ordenamento disponibiliza o aparato estatal) produziria a deterioração da proteção dispensada pelo ordenamento jurídico ao próprio regulamento de interesses lesado.[568]

Em realidade, a questão relevante em matéria de vicissitudes supervenientes à formação do contrato não reside no desaparecimento da relevância normativa do programa originário de interesses – consequência que haveria de advir da enunciação da falta superveniente da causa. Muito ao revés, a questão relevante neste tema é o desvio fático entre o rumo concreto da execução contratual e o rumo que se lhe deveria destinar para que fosse devidamente implementado o programa cuja promoção é imposta pelo princípio do equilíbrio contratual. Afigura-se mais prudente, portanto, abster-se do recurso à noção de falta

---

[567] A ilustrar a vertente doutrinária que entende a resolução por inadimplemento como uma consequência da falta superveniente da causa, v., na doutrina italiana sob a égide do *Codice Civile* de 1865, BRUGI, Biagio. Risoluzione legale di una vendita di merci da consegnare a più riprese. *Rivista di Diritto Commerciale, Industriale e Marittimo*, 1905, vol. III, *parte seconda*, p. 285-289, 1905, p. 287. Em sentido similar, v., MANENTI, Carlo. Della così detta condizione resolutiva sottintesa dell'art. 1165 in rapporto ala teoria generale dei contratti secondo il nostro codice civile. *Rivista di Diritto Civile*, a. IV, p. 145-186, 1912, p. 150; e CHIRONI, Giampietro P. *Istituzioni di diritto civile italiano*. Tomo I. 2. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1912, p. 165. A ilustrar a associação das vicissitudes supervenientes, em geral, a uma noção de falta superveniente da causa, v., por todos, DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*. *Tome I. Seconde Édition*. Paris: Pierre Auboüin, 1697, p. 103; RUGGIERO, Roberto de; MAROI, Fulvio. *Istituzioni di diritto privato*. *Volume Secondo*. 8. ed. Milano: Giuseppe Principato, 1951, p. 182; RUGGIERO, Roberto de; MAROI, Fulvio. *Istituzioni di diritto privato*. *Volume Primo*. 8. ed. Milano: Giuseppe Principato, 1951, p. 129; e SIMONE, Mario De. Ancora sulla sopravvenienza contrattuale nel diritto positivo. *Rivista di Diritto Privato*. Vol. X. Padova: CEDAM, p. 34-86, 1940, p. 84.

[568] Pertinente, ao propósito, a lição de Giuseppe Osti: "(...) *il diritto riconosce e disciplina i contratti obbligatori non enquanto produrranno, bensì perchè potranno produrre determinati effetti economici; non cioè in vista della effettiva produzione futura di questi effetti, bensì in vista della virtualità attuale del contrato a produrli: non in vista delle prestazioni future, ma in vista delle promesse attuali*" (OSTI, Giuseppe. La risoluzione del contrato per inadempimento: fondamento e principi generali. In: *Scritti giuridici*. Tomo I. Milano: Giuffrè, 1973, p. 412). Em tradução livre: "(...) o direito reconhece e disciplina os contratos obrigatórios não enquanto produzirão, mas sim porque poderão produzir determinados efeitos econômicos; ou seja, não em vista da efetiva produção futura desses efeitos, mas em vista da virtualidade atual do contrato para produzi-los: não em vista das prestações futuras, mas em vista das promessas atuais".

superveniente de causa para priorizar a alusão às *patologias supervenientes* ou *vicissitudes (patológicas) supervenientes* no direito civil brasileiro.[569]

Nesse renovado panorama, a produção do *resultado útil* legitimamente esperado pelo credor constitui, muito ao revés de mero efeito secundário ou mediato,[570] autêntica exigência para a própria configuração do adimplemento contratual.[571] Afasta-se, assim, de eventual análise que pretendesse tomar as prestações a cargo do devedor com um fim em si mesmo, privilegiando-se, ao revés, o reconhecimento de que a razão da tutela dispensada pelo ordenamento remonta à legitimidade do resultado útil que se pode legitimamente depreender do programa contratual entabulado pelas partes.[572] A partir de similar ordem de preocupação, a doutrina contemporânea já tem ressaltado, ao tratar dos vícios redibitórios (autêntica manifestação de inadimplemento contratual, conforme demonstrado na sequência), que a obrigação do devedor não se restringe à mera *entrega da coisa*, exigindo-se-lhe, em realidade a *entrega de coisa útil*.[573]

---

[569] Assim também conclui a doutrina italiana: "*Così, per concludere, nell'inadempimento di un'obbligazione descendente dal contrato non si potrà mai vedere un totale o parziale venir meno della causa*" (OSTI, Giuseppe. La risoluzione del contrato per inadempimento, cit., p. 413). Em tradução livre: "Assim, para concluir, no inadimplemento de uma obrigação decorrente do contrato, nunca será possível visualizar uma falta total ou parcial da causa".

[570] "Ganha força, nesse sentido, entendimento segundo o qual o adimplemento não se subordina apenas à execução do comportamento devido, mas depende, também, da efetiva produção do resultado útil programado. (...) Apesar do prestígio que tal orientação vem adquirindo junto à doutrina, sobretudo alemã, não se trata de unanimidade. Ao contrário. Boa parte da doutrina, embora reconheça que toda obrigação se dirige à produção do resultado útil por meio do adimplemento, entende que este resultado encerra apenas efeito do adimplemento" (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 82-83). A ilustrar o referido posicionamento que enxerga a produção do resultado útil como mero "efeito do adimplemento", veja-se: "(...) a perspectiva, aqui adotada, não procura excluir ou reduzir a importância do resultado útil para a compreensão da relação obrigacional. Com efeito, toda obrigação se volta a proporcionar, com o adimplemento, o resultado útil que consubstancia a satisfação do interesse do credor. Importa ressaltar, contudo, que a produção do resultado útil é um efeito do adimplemento, devendo-se, a todo custo, evitar a orientação, acima criticada, que o confunde com a conduta do devedor, que forma a prestação devida" (KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais, cit., p. 8).

[571] "A realização da função da obrigação pressupõe, além do cumprimento do dever de prestação principal, também a observância dos deveres de prestação acessórios e dos deveres de conduta que recaem sobre a específica relação jurídica. Por conseguinte, além de se vincular à realização do ato prometido pelo devedor, o adimplemento deve atender aos efeitos essenciais do negócio jurídico celebrado pelas partes" (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 82).

[572] Assim conclui também a doutrina portuguesa: "(...) o credor não vê o cumprimento da prestação-conduta do devedor em abstracto, como um fim em si mesmo, mas como prestação que concretiza e efectiva um resultado desejado e programado. E só haverá propriamente cumprimento quando a actuação da prestação pelo devedor implementa o programa obrigacional enquanto resultado a proporcionar ao credor" (SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 78).

[573] "O alienante deve entregar um bem livre de vícios, conforme o valor que se lhe atribuiu e apto a atender à finalidade a que se destina – o que se avalia tendo em conta essencialmente o programa contratual concretamente considerado, mas sem perder de vista a boa-fé e os usos do tráfico. Vê-se, mais uma vez, que o foco desloca-se do bem em si mesmo para a conduta do alienante. E nesse sentido a entrega de uma coisa que, por força de vícios ocultos, se desvaloriza ou não se presta a cumprir a função a que se destina nada mais é que espécie de inadimplemento, uma espécie de cumprimento imperfeito de obrigação de entregar coisa útil." (GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro*, cit., p. 43). A partir de similar preocupação, afirma-se: "Assim como o inadimplemento absoluto, o vício redibitório retira a utilidade do bem para o

Ao *interesse na prestação* se conjuga, enfim, o *interesse no resultado*,[574] com o que se busca evidenciar a proeminência do resultado útil para a análise do (in)adimplemento contratual.[575] Advirta-se, por oportuno, que o *interesse na prestação* e o *interesse no resultado* representam um duplo (e indissociável) aspecto da relação obrigacional, razão pela qual não se deve incorrer no equívoco de imaginar que eventual atendimento fortuito do resultado almejado pelo credor representaria *adimplemento contratual*.[576] Assim, por exemplo, a destruição completa de um edifício por um furacão não traduz adimplemento contratual pelo devedor contratado para a demolição do prédio (como se poderia equivocadamente imaginar com base na análise estrita da satisfação do interesse do credor no resultado), mas sim, provavelmente, hipótese de impossibilidade superveniente fortuita.[577]

Algumas outras advertências se impõem, a fim de se afastarem riscos que poderiam acometer o intérprete menos atento. Em primeiro lugar, não se pode confundir o *resultado útil do contrato* com as *vantagens concretas que o credor eventualmente espere que venham a decorrer do adimplemento contratual*. Tal advertência repercutirá diretamente na própria compreensão da teleologia dos remédios ao inadimplemento, cuja incidência se orienta não pelas vantagens econômicas porventura almejadas por um dos contratantes em sua esfera

---

adquirente, havendo uma espécie de incumprimento do devedor e frustração do escopo econômico perseguido" (TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore. A cláusula resolutiva expressa como instrumento privilegiado de gestão de riscos contratuais, cit., p. 151).

[574] Também a doutrina alemã se ocupa da conjugação entre interesse na prestação e interesse no resultado, como se pode depreender da lição de BORNEMANN, Ludwig. *Leistungshandlung und Leistungserfolg*. Göttingen: Saarbrücker, 1929, p. 27.

[575] "Por este prisma funcional, o interesse do credor na prestação é, na esteira de uma forte doutrina alemã, não só o interesse na prestação como conduta ou acção de prestar (*Leistungshandlung*), mas também o interesse no resultado (bem devido, utilidade) da prestação ou na prestação como resultado (*Leistungserfolg*). Assim, se tivermos em vista as obrigações de prestação de coisa, em que a prestação em si mesma, como conduta ou acção de prestar, é o objeto imediato da obrigação e a coisa, em si considerada, é o objecto mediato, o interesse do credor no cumprimento da prestação abrange não só a prestação (v.g. o acto de entrega da coisa), mas também a prestação-resultado ou o resultado a proporcional pela prestação (a própria coisa). No caso da compra, o interesse do comprador é não só e não tanto o interesse na obtenção da prestação-actividade como também e sobretudo o interesse de obter a propriedade da coisa por si comprada, por meio da qual (pelo uso, fruição e mesmo disposição que lhe faculta) verdadeiramente realiza ou satisfaz os seus desejos e interesses, os quais, no fundo, ditaram o negócio e constituem, *hoc sensu*, a 'base negocial'" (SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit., p. 77).

[576] Justamente por isso, adverte-se que "(...) 'prestação' não é apenas a ação de prestar do devedor, mas tampouco apenas a ocorrência do êxito da prestação, mas sim a ocorrência do êxito mediante uma ação de prestar do devedor" (WIEACKER, Franz. Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht. In: DIETZ, Rolf; HÜBNER, Heinz (h*erausgegeben von*). *Festchrift für Hans Carls Nipperdey*. Band I. München: C. H. Beck, 1965, p. 812). Tradução livre do original: "*(...) ‚Leistung' ist nicht nur Leistungsverhalten des Schuldners, aber auch nicht nur Eintritt des Leistungserfolges, sondern Eintritt des Leistungerfolges durch ein Leistungsverhalten des Schuldners*". Eventual resistência do devedor a cumprir a prestação devida justifica o manejo dos remédios postos à disposição do credor para a tutela do seu interesse útil com vistas a promover a realização da prestação devida (a qual compreende, como visto, o resultado útil legitimamente a ela associada). Ao exame de tais remédios – em especial, ao exame das suas novas perspectivas de atuação com base no princípio do equilíbrio contratual – se dedicará o capítulo 3, *infra*.

[577] Para outros exemplos, remete-se à lição de WIEACKER, Franz. Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht, cit., p. 806-807.

mental, mas sim pelo resultado útil legitimamente atribuído ao programa contratual concretamente entabulado pelas partes.

Um exemplo auxiliará na compreensão: imagine-se um contrato de empreitada mista, em que o empreiteiro tenha se comprometido a construir um edifício comercial, de acordo com as legítimas instruções do dono da obra. O adimplemento do contrato por parte do devedor dependerá, entre outros possíveis pontos, da entrega do edifício no prazo acordado e em conformidade com as instruções do credor; fala-se, aqui, em resultado útil do contrato. Diversamente, afigurar-se-á irrelevante para o exame do adimplemento do contrato de empreitada o êxito ou fracasso do dono da obra na subsequente comercialização das unidades autônomas.

Quer-se com isso demonstrar que as vantagens econômicas porventura almejada pelo credor não se confundem com o resultado útil do contrato de empreitada, a menos, por certo, que as partes tenham estipulado ajuste consensual no sentido de o empreiteiro se responsabilizar (ou ter sua remuneração vinculada), em alguma medida, pelo êxito da comercialização – hipótese em que, naturalmente, os pontos de afastamento em relação ao tipo legal do contrato de empreitada reclamarão uma análise atenta às vicissitudes do caso. Tal exemplo introdutório permite antecipar uma observação que será desenvolvida na sequência desta tese (v. item 3.3, *infra*): a relutância do empreiteiro a seguir as legítimas instruções do dono da obra pode vir a justificar, ilustrativamente, que o credor promova os ajustes no edifício por terceiro, às custas do devedor, mas a mesma situação fática de inadimplemento não justifica que o dono da obra postule, a título de execução contratual, o pagamento das vantagens econômicas (e.g., o alto lucro nas vendas, bem como a valorização da própria marca do dono da obra) que esperava auferir a partir do regular cumprimento do contrato.[578]

Um segundo risco na matéria diz respeito ao eventual equívoco de se imaginar que a relevância do *interesse no resultado* significaria um retorno à teoria patrimonialista para a

[578] Um pleito de tal natureza poderia vir a se amoldar uma demanda indenizatória fundada no interesse contratual positivo, caso admitida a sua viabilidade à luz do sistema de responsabilidade civil contratual (ao propósito, seja consentido remeter a SILVA, Rodrigo da Guia. Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo: influxos da distinção no âmbito da resolução do contrato por inadimplemento. *Revista IBERC*, vol. 3, n. 1, p. 1-37, jan.-abr./2020, *passim*). De todo modo, em sintonia com a compreensão do perfil funcional próprio de cada uma das fontes obrigacionais no direito civil (permita-se remeter a SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa*, cit., item 1.2), não se deve admitir que, a pretexto de execução de uma obrigação de fonte negocial, se promova obliquamente uma obrigação de autêntica natureza indenizatória – cuja deflagração, portanto, depende da devida comprovação dos requisitos exigidos pelo sistema jurídico para o surgimento do dever de indenizar. A presente advertência será retomada mais detidamente na introdução do capítulo 3, *infra*.

compreensão do objeto das obrigações.[579] O risco em comento decorreria de um específico modo de enunciação da teoria patrimonialista, a enxergar os mecanismos alternativos de satisfação do crédito como mera concretização da vinculação imediata entre o direito subjetivo do credor e os bens do devedor, então compreendidos como objeto imediato da obrigação.[580]

Em realidade, como oportunamente assentado pela doutrina contemporânea, a consagração do caráter intrinsecamente intersubjetivo das relações jurídicas impede a identificação da obrigação como um vínculo entre sujeito (a pessoa do credor) e patrimônio (do devedor). A relação obrigacional – tal como qualquer relação jurídica – traduz um vínculo entre centros de interesse (compostos por situações jurídicas subjetivas)[581] com destinação atual ou potencial a uma titularidade.[582] Nesse contexto, objeto imediato da obrigação é a prestação[583] (*rectius*: o complexo polo prestacional)[584] a cargo do devedor; os bens jurídicos

[579] Para o desenvolvimento da análise da controvérsia histórica entre a teoria patrimonialista e a teoria personalista quanto à delimitação do objeto da obrigação, remete-se a KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais, cit., p. 4 e ss.

[580] Nesse sentido, relata-se: "Os partidários desta concepção procuravam no objeto da obrigação aquilo que efetivamente satisfazia a pretensão do credor e acabaram por identificá-lo com os bens compreendidos no patrimônio do devedor, porque, ainda que este último não cumprisse espontaneamente a prestação, os seus bens proporcionariam ao credor o resultado útil equivalente àquele que esperava obter com o cumprimento da obrigação. Afirmam, nesse sentido, que a obrigação, na sua essência, não traduz o débito, mas a responsabilidade do devedor decorrente do descumprimento do débito. (...) A comprovação desta concepção patrimonial da relação obrigacional, alegam os seus defensores, exsurge do próprio direito positivo, em particular dos diversos meios que o ordenamento coloca à disposição do credor para satisfazer o seu crédito independentemente da atuação do devedor, tal como a possibilidade de se mandar cumprir por terceiro a obrigação de fazer fungível (CC, art. 249; CPC [de 1973], art. 461) ou a execução judicial que tenha por objeto obrigações pecuniárias ou de emitir uma declaração de vontade (CPC [de 1973], arts. 466-A, 466-B e 646). Estes mecanismos, dentre outros, evidenciariam que o objeto da obrigação se consubstancia no resultado útil esperado pelo credor, e não já no comportamento devido pelo obrigado" (KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais, cit., p. 5-6).

[581] "A ligação essencial do ponto de vista estrutural é aquela entre centos de interesses. O sujeito é somente um elemento externo à relação jurídica porque externo à situação: é somente o titular, às vezes ocasional, de uma ou de ambas as situações que compõem a relação jurídica; de maneira que não é indispensável referir-se à noção de sujeito para individuar o núcleo da relação jurídica. O que é essencial é a ligação entre um interesse e um outro, entre uma situação, determinada ou determinável, e uma outra É preferível, portanto, a doutrina que define a relação jurídica como ligação entre situações subjetivas" (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 734).

[582] "O direito regula as ações humanas a partir da identificação de centros de interesses que, por se destinarem, atual ou potencialmente, à titularidade de sujeitos de direitos, configuram situações subjetivas. As relações jurídicas, nessa perspectiva, apresentam-se como conexão entre situações jurídicas subjetivas" (TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos do direito civil*. Volume 1: teoria geral do direito civil, cit., p. 101).

[583] "O objeto da relação obrigacional é a prestação (...). O objeto imediato ou direto é a prestação devida, ou seja, a conduta a que se vincula o devedor e cuja realização importa na satisfação do interesse do credor. Objeto mediato ou indireto, de sua vez, consiste na coisa ou fato que deva ser prestado, que caracteriza o objeto da prestação" (MIRAGEM, Bruno. *Direito civil*: direito das obrigações, cit., p. 56).

[584] A propósito, já se pôde sustentar: "Assim como a relação jurídica tem polos do ponto de vista subjetivo (os centros de interesse), o centro de imputação objetiva deve ser analisado de modo global, como núcleo agregador de prestações das mais diversas naturezas. O recurso à expressão polos prestacionais pretende, portanto, destacar que o objeto (ou elemento objetivo) da obrigação, tal como o elemento subjetivo, assume contornos mais

afiguram-se objeto apenas mediato da obrigação.[585]

Da acertada rejeição à teoria patrimonialista não se deve extrair, contudo, a suposta irrelevância do resultado útil para a configuração do interesse útil do credor e, portanto, para a compreensão do (in)adimplemento contratual. Afinal, qualquer que seja a obrigação negocial levada em consideração (inclusive as obrigações de meio),[586] tem-se que o resultado útil objetivamente associado à avença entabulada pelas partes integra o programa contratual cuja promoção é determinada pelo princípio do equilíbrio contratual. Assim, sem se hiperdimensionar a relevância dos remédios ao inadimplemento (ou a outras vicissitudes supervenientes),[587] reconhece-se que, na ausência de atuação espontânea do devedor para o regular adimplemento do contrato, o ordenamento atribui ao credor uma pluralidade de instrumentos vocacionados à promoção coativa do resultado útil.[588]

As precedentes considerações conduzem, então, à confirmação da hipótese norteadora do presente item, qual seja: qualificado à luz do princípio do equilíbrio contratual (ora compreendido nos moldes expostos no item 2.1, *supra*), o inadimplemento contratual constitui uma circunstância de desequilíbrio imputável ao devedor.[589] Afinal, o

---

complexos do que normalmente se afirma, sem os quais não se pode compreender o fenômeno obrigacional em sua plenitude" (SILVA, Rodrigo da Guia. Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido, cit., p. 66).

[585] "Por essas razões, prevalece na doutrina atual a concepção personalista da obrigação, de acordo com a qual, o objeto da obrigação consiste sempre na prestação-comportamento, pois 'até mesmo a abstenção, tal como a atividade de dar ou de fazer constitui um 'tipo' de conduta'. No entanto, à diferença da teoria personalista clássica, a atual procura livrar a relação obrigacional da ótica proprietária, tão arraigada na cultura jurídica, que, como visto, concebe o direito do credor como espécie de propriedade sobre o ato do devedor. Como já se observou, o credor tem direito à prestação, isto é, o de exigir do devedor a necessária cooperação para a satisfação do seu interesse" (KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais, cit., p. 7).

[586] Refuta-se, assim, o entendimento segundo o qual nas obrigações de meios o credor não poderia legitimamente esperar a produção de um resultado útil. Como bem ressalta a doutrina contemporânea, "(...) o equívoco dos autores, que concebem as obrigações de meios como desprovidas de utilidade, está na incorreta identificação do resultado útil a ser proporcionado com o adimplemento destas obrigações. (...) Como se vê, até mesmo as obrigações de meios são direcionadas a produzir um resultado útil em favor do credor, idôneo a satisfazer o seu interesse em receber a prestação" (KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais, cit., p. 10-11). Afinal, também as obrigações de meio "(...) são direcionadas a produzir um resultado útil em favor do credor", de modo que "(...) a prestação deixa de ser concebida como algo desejado em si mesmo, passando, portanto, a ser tutelada como meio para se alcançar o resultado útil que satisfaz o interesse do credor" (Ibid., p. 23).

[587] "Em suma, não obstante a inegável importância prática dos meios de tutela judicial do crédito, deve-se reconhecer, todavia, a sua limitada pertinência para o exame do objeto da relação obrigacional" (KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais, cit., p. 7).

[588] De fato, os remédios *ao inadimplemento* atuam, por definição, no momento patológico da relação obrigacional, e portanto não podem ser utilizados para a própria compreensão preliminar do objeto da obrigação. Isso não deve, contudo, ofuscar a percepção de que o direito brasileiro nitidamente valoriza o *interesse no resultado* (e não apenas *na prestação do devedor*), o que se depreende do sem-número de previsões legais que consagram mecanismos satisfativos do crédito que não dependem da colaboração direta do devedor, como se buscará desenvolver mais detidamente no capítulo 3, *infra*.

[589] A partir de semelhante ordem de preocupação, a doutrina já vem destacando que o "princípio de garantia" inspirador da disciplina dos vícios redibitórios e da evicção (hipóteses de autêntico inadimplemento contratual, conforme desenvolvido na sequência) e situado no contexto de hipóteses em que "o legislador faz uso (...) do

inadimplemento por parte do devedor[590] acarreta um desvio entre o efetivo curso da execução contratual e a rota determinada pelo programa contratual originária e validamente entabulado, cuja promoção (em perspectiva funcional e dinâmica) é imposta pelo princípio do equilíbrio contratual.[591]

A menção à *imputabilidade* na qualificação do inadimplemento afigura-se de todo relevante, pois, conforme entendimento consagrado de longa data na doutrina nacional,[592] nem todo *descumprimento* (*incumprimento* ou *não cumprimento*) constitui *inadimplemento contratual*.[593] No direito brasileiro, o inadimplemento pressupõe necessariamente que a

---

termo garantia em sentido mais amplo, abrangendo todos os mecanismos que protegem ou facilitam a satisfação do credor m caso de inadimplemento do devedor" (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. In: TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Volume 3: contratos. 3. ed., cit., p. 123), promove justamente a tutela do equilíbrio contratual: "Trata-se de mecanismos inspirados no que a doutrina costuma referir como 'princípio de garantia', originalmente restrito à compra e venda e hoje reconhecido em todos os contratos onerosos. Reputados originalmente cláusulas implícitas, constituem-se em meios de tutela de expectativas legítimas relativas ao equilíbrio estabelecido em contratos onerosos. Assim, em todo contrato em que a parte se submete a determinado sacrifício patrimonial, haveria a legítima confiança na integridade do objeto do direito a ser transmitido, bem como na titularidade do alienante, legitimado a transmiti-lo. Dessa forma, a garantia contra vícios redibitórios resguarda o adquirente contra imperfeições identificadas no bem transmitido, enquanto a garantia contra evicção o protege em face da perda do bem causada por fato anterior à alienação" (Ibid., p. 124).

[590] Advirta-se que não se está a excluir o inadimplemento *do credor* da abrangência do raciocínio ora propugnado. Ao se referir ao inadimplemento contratual como uma circunstância de desequilíbrio superveniente imputável *ao devedor*, busca-se naturalmente aludir ao devedor *de certa prestação* (ou de certo polo prestacional), sem ignorar que a inerente relatividade da identificação de *credor* ou *devedor*, a depender do parâmetro ou do ponto de vista adotado.

[591] "O fenômeno da reação jurídica à perda econômica decorrente do inadimplemento pode ser resumido da seguinte forma: na realização de um negócio haverá, em tese, um equilíbrio patrimonial entre as partes. Esse equilíbrio é precioso ao Direito. Se um dos contratantes deixar de realizar a sua prestação, esse equilíbrio se perde. Uma das partes fica desfalcada, sofrendo, assim, um prejuízo. Pois o Direito vai impor ao responsável por esse desequilíbrio que indenize o lesado. Há, portanto, uma inversão, por determinação da lei: o dano experimentado pelo credor passa a ser suportado pelo devedor inadimplente" (NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*. 7 ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017, p. 280). A íntima correlação entre as noções de inadimplemento e desequilíbrio é destacada também por Carlos Nelson Konder e Deborah Pereira Pinto dos Santos: "Se o empreendedor falhar na contratação de grandes estabelecimentos comerciais, tal ausência acaba por tornar o toda a complexa relação contratual desequilibrada, tendo em vista que o lojista-locatário continua obrigado ao pagamento do aluguel mínimo previsto contratualmente, além de ter que arcar com a *res sperata* e com os custos da contribuição à associação de lojistas, mesmo que seu faturamento seja reduzido. Como se tratam de contratos coligados, o inadimplemento do dono do *shopping* no contrato que preveja a contratação das lojas-âncoras afeta todos os demais contratos, o que permite a rescisão pela parte prejudicada" (KONDER, Carlos Nelson; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. O equilíbrio contratual nas locações em *shopping center*, cit., p. 194).

[592] Como se depreendia já da lição de Pontes de Miranda: "A falta, a que aludimos, é a falta do fato ou omissão de que resultou não ser ou não ficar satisfeito o credor. Certamente, se houve impossibilitação sem ser imputável ao devedor, não houve adimplemento, porém não houve mora do devedor (...)" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo XXVI. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 6).

[593] Afinal, "[o] adimplemento da obrigação pode ser obstado por fato não-imputável ao devedor" (GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16. ed. Atual. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 172). A partir de semelhante preocupação, afirma-se: "Note-se, contudo, que nem toda a situação de inadimplemento gera responsabilidade do devedor. Será necessário, para que se possa atribuir responsabilidade ao devedor, que o inadimplemento lhe seja imputável. Isso significa dizer que, sendo exigível o dever de prestação, a consequente impossibilidade do seu cumprimento será imputada ao devedor, uma vez atribuído, ao seu comportamento, a causa do inadimplemento" (MIRAGEM, Bruno. *Direito civil*: direito das obrigações, cit., p. 483). Em

responsabilidade pelo descumprimento seja imputável (i.e., possa ser atribuída)[594] ao devedor.[595] Convém, portanto, reservar ao termo *inadimplemento* a noção técnica de *descumprimento imputável*, com o que se pode perceber a redundância de eventual menção ao *inadimplemento imputável* – afinal, o inadimplemento é, por definição, imputável, ao passo que o descumprimento pode, este sim, ser ou não imputável ao devedor.[596]

No que diz respeito especificamente à configuração da imputabilidade relevante na matéria, vale destacar que a *culpa* é o fator de imputação historicamente exigido para a configuração do inadimplemento contratual no direito brasileiro.[597] De fato, com base em interpretação sistemática do direito positivo – levando-se em consideração, por exemplo, os arts. 396, 399 e 408 do Código Civil –,[598] a doutrina logrou consagrar o entendimento de que

---

semelhante linha de sentido, afirma-se que, "apesar da divergência sobre o elemento culpa ser ou não necessário para a verificação do próprio inadimplemento, pode-se afirmar que, no plano da configuração do descumprimento, esse elemento é prescindível" (GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro*, cit., p. 48).

[594] Assume-se, assim, que *imputação* consiste em "termo que indica a atribuição de um dever a alguém, isto é, a atribuição de uma conduta devida" (MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao novo Código Civil. Volume V, Tomo II, cit., p. 130-131). A partir disso, pode-se perceber que a própria menção ao *descumprimento imputável* se estrutura em torno de uso metonímico da noção de *imputabilidade*: com a menção ao *descumprimento imputável* pretende-se, em realidade, aludir à circunstância de a *responsabilidade pelo descumprimento* (ou *o dever de responder pelos efeitos imediatos do descumprimento*) poder ou não ser atribuída ao devedor. Assim, *descumprimento imputável* corresponde efetivamente à hipótese em que a responsabilidade pelo incumprimento pode ser imputada ao devedor.

[595] "Tanto o inadimplemento como a mora requerem que tenham sido ocasionados por fato imputável àquele que descumpriu a obrigação" (NANNI, Giovanni Ettore. Art. 389 [verbete]. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil*: direito privado contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 615). Também a destacar a imprescindibilidade da *imputabilidade* para a configuração do *inadimplemento*, afirma-se: "Portanto, o inadimplemento que leva ao efeito previsto genericamente no art. 389 (pagamento de perdas e danos, juros, correção monetária e honorários de advogado) é o inadimplemento imputável ao devedor" (MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao novo Código Civil. Volume V, Tomo II, cit., p. 130).

[596] Semelhante preocupação subjaz à crítica dirigida por parcela da doutrina (notadamente, a vertente para a qual a culpa é o fator exclusivo de imputação da responsabilidade pelo descumprimento contratual) à redação do art. 399 do Código Civil: "O art. 399 reproduz o defeito técnico em que havia incorrido o legislador de 1916, vez que se manteve a afirmação de que o devedor em mora não responderá pelo caso fortuito ou força maior se provar isenção de culpa. Ora, a culpa, como já visto, é o elemento subjetivo indispensável para a configuração da mora do devedor (v. art. 396). Portanto, se for comprovada a ausência de culpa do devedor, não haverá que se falar em mora. Conforme ironiza Agostinho Alvim, dizer que o devedor responde pela mora, salvo se provar ausência de culpa, equivale a dizer que ele responde pela mora, salvo se não houver mora (...). Reside aí o equívoco originário do art. 957 do CC1916 e, infelizmente, conservado pelo art. 399 do CC. Melhor seria se este dispositivo legal tivesse se referido unicamente à prova de que o dano se verificaria mesmo se a prestação fosse oportunamente adimplida, como exceção à regra da perpetuação da obrigação" (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 727).

[597] Veja-se, ilustrativamente, a lição de Ruy Rosado de Aguiar Júnior: "O incumprimento é um pressuposto da mora, mas para que ela exista é ainda necessário o requisito 'culpa' do devedor" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 103).

[598] "O conceito de mora do devedor (ou mora *solvendi*) decorre da conjugação dos arts. 394 e 396. Verifica-se quando o devedor não cumpre, culposamente, no devido tempo, lugar e forma convencionados a obrigação (...). Deste conceito é possível extrair os requisitos da mora do devedor. O primeiro deles é a culpa, pois não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não há que se falar em mora deste (v. art. 396)" (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a*

"[a] culpa é o elemento subjetivo indispensável para a configuração da mora *solvendi*", além de ser "(...) também requisito da mora *accipiendi*".[599] A investigação da imputabilidade se pauta, assim, na valoração da conduta do devedor,[600] de modo a se reconhecer que o devedor se exonera da responsabilidade pelos efeitos do incumprimento (e.g., a incidência da cláusula penal) caso não tenha agido com culpa para a sua produção.[601]

Em que pese o amplo prestígio de que tradicionalmente desfrutou a enunciação da imprescindibilidade da culpa para a configuração do descumprimento imputável, a doutrina contratual gradativamente tem reconhecido que, para além da culpa, também outros elementos podem vir a constituir fatores de imputação em matéria de inadimplemento, caso assim estabeleça a lei ou a relação contratual concretamente entabulada pelas partes.[602] Basta pensar, por exemplo, na disciplina dos vícios redibitórios[603] e da evicção, hipóteses nas quais

---

Constituição da República. Volume 1, cit., p. 715). Os autores revelam, ainda, o entendimento (corrente na doutrina especializada) no sentido da presunção (relativa) de culpa do devedor diante do descumprimento contratual: "A culpa do devedor, contudo, será sempre presumida. Por se tratar de presunção relativa (*juris tantum*), o devedor poderá provar, e a ele cabe este ônus, que não houve fato ou omissão a ele imputável, para se livrar dos encargos da mora" (Ibid., p. 715). Não se desconhece a existência da formulação teórica segundo a qual as presunções de culpa na responsabilidade contratual traduziriam, em realidade, "(...) mais um vetor a apontar para o reconhecimento da necessidade de objetivação do dever de reparar", em fenômeno no qual a culpa consistiria em "(...) um vocábulo inútil a acobertar hipótese explícita de responsabilidade objetiva" (CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 115). Sem embargo da controvérsia atinente ao acerto ou não da equiparação entre *responsabilidade subjetiva por culpa presumida* e *responsabilidade objetiva* – que escaparia ao objeto central da presente tese –, assume-se a premissa teórica segundo a qual a configuração do inadimplemento contratual pressupõe que o descumprimento contratual seja imputável ao devedor.

[599] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume 1, cit., p. 719-721. Os autores arrematam: "Sendo assim, caso nenhum dos dois (credor e devedor) tenham culpa, não se poderá falar em mora de qualquer deles" (Ibid., p. 721).

[600] "A aferição da imputabilidade é realizada por intermédio da conduta" (NANNI, Giovanni Ettore. Art. 389 verbete], cit., p. 616).

[601] Assim já proclamava a civilística ao analisar o art. 923 do Código Civil de 1916 (funcionalmente equiparável ao art. 408 do Código Civil de 2002): "É, porém, nas fontes bem assentado que a pena não se pode fazer efetiva, se a falta do devedor é motivada por fato do credor. Daí tem-se deduzido a regra da libertação do devedor se ele demonstrar que o inadimplemento não lhe é imputável, o decorre do caso fortuito ou da força maior. Nosso direito é conforme essa doutrina quando estatui que, resolvida a obrigação sem culpa do devedor, resolve-se igualmente a cláusula penal" (CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*. Tomo I. 4. ed. Atual. José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 380-381).

[602] Exatamente nesse sentido, destaca-se que "[o] ordenamento jurídico admite algumas situações nas quais existe a responsabilidade mesmo sem culpa", de modo a se reconhecer que "[o] devedor responde sem culpa", por exemplo, "se houver ajuste contratual nesse sentido" ou "nas hipóteses nas quais a lei impõe a responsabilidade objetiva" (NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*, cit., p. 291).

[603] "(...) pode-se dizer que o legislador optou por, em hipóteses específicas, prescindir explicitamente desse elemento para a configuração de determinados efeitos. É o caso dos vícios redibitórios. (...) A culpa, no regime dos vícios redibitórios, é irrelevante" (GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro*, cit., p. 50). A prescindibilidade da comprovação da culpa do alienante parece remontar ao próprio desenvolvimento histórico das ações edilícias no Direito Romano: "A obrigação do vendedor, por fim, é objetiva, '*non conta che egli conosca o no le vere condizioni dello* schiavo', ou de qualquer outra coisa que seja objeto da compra e venda" (BENEDUZI, Renato Resende. De concurrentibus actionibus *e o concurso de demandas*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011, p. 86).

a configuração do inadimplemento (a deflagrar os pertinentes remédios) não depende da perquirição da culpa, uma vez que a imputabilidade do descumprimento contratual em tais situações se associa diretamente a um "princípio de garantia"[604] imposto por lei.[605] Nesses termos, pode-se identificar que a culpa preserva papel de destaque, porém sem exclusividade no rol de possíveis fatores de imputação.[606]

Em suma, tal como a culpa (cuja centralidade não está a ser questionada), diversos outros fatores, de fonte legal ou convencional,[607] podem vir a ser relevantes para a delimitação da imputabilidade do descumprimento contratual. Justifica-se, portanto, uma classificação geral da imputação em *subjetiva* (com base no paradigma da culpa) ou *objetiva* (a prescindir da culpa).[608] Rompe-se, assim, a associação automática entre *culpa* e

---

[604] "A disciplina dos vícios redibitórios se fundamenta, conforme destaca Caio Mário da Silva Pereira, no 'princípio da garantia sem a intromissão de fatores exógenos, de ordem psicológica ou moral', e se insere no âmbito da teoria legal do risco. Tal garantia visa assegurar a posse útil da coisa ao credor e, por ser consequência da própria natureza jurídica do contrato comutativo, que pressupõe relativa equivalência entre as prestações, independe da culpa ou má-fé do alienante – a relevância do conhecimento, ou não, do vício oculto pelo alienante se restringe à imposição, ou não, do dever de indenizar" (TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore. A cláusula resolutiva expressa como instrumento privilegiado de gestão de riscos contratuais, cit., p. 151). Vale destacar que o "princípio de garantia" inspirador da disciplina dos vícios redibitórios e da evicção não se confunde, portanto, com o sentido estrito de garantia no direito civil, assim sintetizado por Pablo Renteria: "(...) a garantia, em sentido restrito, compreende as situações subjetivas acessórias da obrigação que tenham por finalidade proporcionar segurança ao credor, oferecendo-lhe meio de extinção satisfativa do crédito, a despeito da ausência de cooperação do devedor e da sua incapacidade patrimonial para solver o débito" (RENTERIA, Pablo. *Penhor e autonomia privada*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 148).

[605] A evidenciar o papel assumido pela garantia contra vícios redibitórios e contra evicção no sistema de remédios ao inadimplemento, afirma-se: "Em sentido mais restrito, a expressão garantia abrange apenas mecanismos acessórios que visam a assegurar ao credor a satisfação do crédito, capazes de superar os riscos de insolvência ou de falta de cooperação do devedor. (...) Por outro lado, o legislador faz uso, por vezes, do termo garantia em sentido mais amplo, abrangendo todos os mecanismos que protegem ou facilitam a satisfação do credor em caso de inadimplemento do devedor. (...) Somente nesse segundo sentido é que podem ser qualificadas como garantias a proteção contra vícios redibitórios, vícios do produto ou serviço e evicção" (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. In: TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Volume 3: contratos. 3. ed., cit., p. 123-124).

[606] Assim elucida a doutrina: "No âmbito da responsabilidade contratual, o critério de imputabilidade lastreado na conduta culposa afigura-se ainda preponderante, embora se observe crescente adoção do critério objetivo de imputação, lastreado em normas que atribuem ao devedor a assunção de risco, de dever de segurança ou de garantia" (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 18, p. 49-73, out.-dez./2018, p. 51). V., ainda, MIRAGEM, Bruno. *Direito civil*: direito das obrigações. 2. ed., cit., p. 483-484.

[607] "Nestes casos, pode ser que o inadimplemento se deu, por exemplo, porque o devedor se recusou a realizar a prestação; ou porque agiu em desconformidade a padrões exigíveis de diligência e prudência deixando, em razão disso, de poder cumprir; ou ainda porque, segundo certo critério assumido pela lei, pelos usos negociais, ou mesmo por convenção das partes, encontra-se definido que certos riscos relativos ao descumprimento lhe são imputáveis" (MIRAGEM, Bruno. *Direito civil*: direito das obrigações. 2. ed., cit., p. 483)

[608] "Em suma: ao invés de oferecer um critério de regra/exceção (isto é: culpa = regra; risco, garantia, segurança etc. = exceções), propomos, para melhor sistematizar a matéria, deduzir de um critério único e omnicompreensivo (a imputabilidade ou nexo de imputação) as variadas espécies que compõem o não-cumprimento imputável. Deste critério deriva uma dupla forma de imputação: a) a imputação subjetiva, regida pelo princípio da inculpação (requerendo-se ato culposo no suporte fático da responsabilização pelo não-adimplemento), forma essa que é central no sistema de Direito civil; e b) a imputação objetiva (que não requer a culpa), resultante das normas que atribuem a alguém a assunção de um risco ou de um dever de segurança, ou de garantia, sendo essa excepcional, isto é: ou está prevista especificamente em lei ou é passível de enquadramento

imputação.[609]

Segundo a doutrina empenhada em tal forma de compreensão da matéria, um dos seus principais contributos – para além da preliminar compreensão de que a imputabilidade do descumprimento pode não estar associada ao paradigma da culpa – seria o reconhecimento da possibilidade de assunção convencional dos riscos relativos à ocorrência de caso fortuito ou força maior.[610] Tal possibilidade, a ser objeto de controle valorativo à luz da relação contratual concretamente considerada,[611] resultaria justamente da assunção preliminar de que os fatores de imputação relevantes para a delimitação do descumprimento imputável não se resumiriam necessariamente à culpa.[612]

Sem embargos dos acertos comentados acima, o estágio contemporâneo da civilística recomenda que se direcionem algumas reflexões críticas a certas variações da linha de pensamento ocupada da dissociação entre culpa e imputação no âmbito do estudo do inadimplemento contratual. Em primeiro lugar, a análise das proposições teóricas sinaliza para a existência de certa dificuldade de distinção conceitual entre variadas acepções do

---

no parágrafo único do art. 927 que requer a observância de certos requisitos (...)" (MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao novo Código Civil. Volume V, Tomo II, cit., p. 135-136).

[609] "(...) é que os casos, não tão excepcionais entre nós, da responsabilidade objetiva, concernem a uma questão de imputação (isto é, de atribuição de responsabilidade) e não de culpa, com o que, ao nosso sentir, o tema pode, atendendo às situação de vida previstas hipoteticamente no Direito, ser posto nos seguintes termos: 'imputar não é inculpar, não é atribuir culpa, é atribuir dever e responsabilidade. Responsabilizar é imputar, não é necessariamente inculpar'" (MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao novo Código Civil. Volume V, Tomo II, cit., p. 135).

[610] "O devedor, que assume os riscos do fortuito e da força maior, assume os riscos da imputação seja qual for o critério informador do seu nexo (culpa, risco ou garantia). O que ocorre é que o devedor assume a responsabilidade de prestar haja o que houver, como ocorre com certas prestações de garantia" (MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao novo Código Civil. Volume V, Tomo II, cit., p. 313).

[611] Ao propósito, adverte-se: "A possibilidade de assumir, convencionalmente, o risco pelo caso fortuito ou força maior, encontrável em contratos internacionais, tem merecido, no Direito interno, algumas restrições. Escusado dizer que jamais poderá ser acordada contra o consumidor, sob pena de nulidade, por abusividade. Mesmo nas relações de direito comum será vedada, em nosso entendimento, sempre que caracterizar exercício disfuncional (abuso do direito) por violação da boa-fé ou do fim econômico-social do contrato (art. 187). Se não se caracterizar a inadmissibilidade/disfuncionalidade do exercício, o tema estará cingido ao campo de exercício legítimo da autonomia privada" (MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao novo Código Civil. Volume V, Tomo II, cit., p. 314).

[612] "Todavia, o relevante a notar é que, no estágio atual do direito das obrigações, embora a culpa permaneça cumprindo papel relevante na definição do inadimplemento imputável, não é mais fator exclusivo a ser considerado. Tanto a própria noção de culpa se redefine como ausência do esforço concreto exigível do devedor na realização da prestação, como também é dispensável em muitas situações, em que a realização ou não da prestação devida, e seus efeitos, estão associados a outros critérios, como ocorre em certas obrigações de resultado (por exemplo, a decorrente do contrato de transporte). E, da mesma forma, em obrigações cuja realização ou não da prestação esteja associada a riscos do próprio negócio, ou resulte simplesmente da desconformidade ou ausência da prestação (por exemplo, a decorrente do regime de vícios da prestação nos contratos de consumo, arts. 18 a 20 do CDC)" (MIRAGEM, Bruno. *Direito civil*: direito das obrigações. 2. ed., cit., p. 484-485).

vocábulo "responsabilidade",[613] notadamente entre a *responsabilidade pelo inadimplemento* – projeção da ordinária responsabilidade ("*Haftung*") do patrimônio do devedor pela obrigação (a "responsabilidade que acompanha o débito")[614] para os consectários do respectivo inadimplemento[615] – e a *responsabilidade civil por danos porventura decorrentes do inadimplemento contratual* – obrigação indenizatória deflagrada por um dano indenizável.[616]

De fato, não é incomum que o raciocínio da vertente doutrinária em comento dispense destacada atenção justamente à enunciação de que "(...) constituem inadimplemento nos termos do Título IV não apenas o incumprimento derivado de conduta culposa (art. 392)", mas também "(...) as hipóteses em que há inadimplemento imputável, regido por fator de imputação objetivo, nos termos da chamada responsabilidade objetiva", que poderia estar fundada "(...) no risco, na segurança ou na quebra do dever de garantia que, em algumas relações obrigacionais, constituem o dever principal (na forma prevista nos arts. 927, parágrafo único; 931; 932, incisos I, II e III)".[617] O foco na compreensão da imputação orientada pela responsabilidade civil objetiva – ora fundada na cláusula geral de atividade de

---

[613] Karl Larenz já advertira a respeito da polissemia em comento ao tratar do vocábulo "*Haftung*": "*Der Ausdruck 'Haftung' wird in der Rechtssprache freilich in mehrfacher Bedeutung gebraucht*" (LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*. *I. Band*: Allgemeiner Teil. 8. ed. München: C. H. Beck, 1967, p. 16). Em tradução livre: "O termo 'responsabilidade' é utilizado na linguagem jurídica em diversas acepções". Para o desenvolvimento da análise a respeito da polissemia do vocábulo "*Haftung*" no direito alemão, remete-se a ENNECCERUS, Ludwig. In: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil*. Tomo II: Derecho de Obligaciones. Volume I. Trad. Blas Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1947, p. 10 e ss.

[614] "Diante da inexecução imputável da prestação devida pode o credor perseguir a satisfação do crédito por meio de medidas coercitivas aplicadas pelo Estado-juiz, a seu requerimento, no exercício da função jurisdicional. Cuida-se, aqui, da responsabilidade que acompanha o débito, como a sombra que segue o corpo, na emblemática analogia de Larenz. De acordo com a concepção corrente, de regra, todo aquele que assume obrigação responde, em caso de inadimplemento absoluto ou relativo, com seu patrimônio. Essa responsabilidade não se confunde, com efeito, com a responsabilidade civil" (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução, cit., p. 52).

[615] "O elemento responsabilidade (*Haftung*) é representado pela prerrogativa conferida ao credor, ocorrendo inadimplência, de proceder à execução do patrimônio do devedor, para obter satisfação de seu crédito. Da maneira que o devedor se obriga, seu patrimônio responde" (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Volume 2. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 5). Tal acepção de "responsabilidade" se associa diretamente ao *princípio da responsabilidade patrimonial*, consagrado no art. 391 do Código Civil (*in verbis*: "Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor") e no art. 789 do Código de Processo Civil (*in verbis*: "O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei").

[616] Também na experiência alemã – que influenciou diretamente a civilística brasileira na dogmática das relações obrigacionais –, nota-se similar polissemia no que tange ao vocábulo "*Haftung*" (usualmente traduzido ao português como "responsabilidade"): fala-se, de uma parte, em "*Haftung*" no sentido de "responsabilidade da pessoa pelos danos (tendo por consequência uma obrigação indenizatória)" – tradução livre do original "*Verantwortlichkeit der Person für Schädigungen (mit der Folge einer Schadensersatzpflicht)*" –; e, de outra parte, em "*Haftung*" no sentido de "submissão do seu patrimônio à intervenção do credor na execução forçada" – tradução livre do original "*Unterworfensein ihres Vermögens unter den Zugriff der Gläubiger in der Zwangsvollstreckung*" –, conforme se depreende da lição de LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*. *I. Band*: Allgemeiner Teil, cit., p. 16.

[617] MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao novo Código Civil. Volume V, Tomo II, cit., p. 136.

risco (art. 927, p.ú., do Código Civil), ora fundada em previsões legais específicas (como os arts. 931 e 932 do Código Civil) – evidencia, em suma, a ausência de devida delimitação das aludidas fronteiras entre a *responsabilidade pelo inadimplemento* (ou *responsabilidade contratual "*stricto sensu*"*) e a *responsabilidade civil por danos porventura decorrentes do inadimplemento contratual*.[618]

Para além do desvio em relação ao ideal de rigor técnico, a mencionada confusão conceitual produz o efeito negativo de moldar a análise do intérprete para a imputação de um específico dever (o dever de indenizar) que, a rigor, sequer constitui efeito necessário do inadimplemento contratual. Urge, portanto, reconhecer que a investigação do inadimplemento contratual não está inexoravelmente vinculada à imputação do dever de indenizar, o qual, em realidade, traduz possível efeito da causação de dano injusto, mas não (ao menos, não automática e diretamente) do descumprimento imputável (conforme se tornará a ressaltar no item 3.2, *infra*).

Em segundo lugar, uma análise pautada nas repercussões das principais formulações teóricas no embate entre imprescindibilidade ou não da culpa para a definição do descumprimento imputável sinaliza para a ausência de efetiva divergência quanto às consequências jurídicas de cada linha de raciocínio – o que, caso verdadeiro, como parece, desaconselharia a dedicação de maior fôlego ao empenho de dissociação entre culpa e imputação no estudo do inadimplemento contratual. Essa circunstância se associa a um notável ponto de convergência entre as vertentes doutrinárias aludidas, qual seja: o fator de imputação relevante para a caracterização do inadimplemento deve necessariamente levar em consideração os deveres e os riscos assumidos por cada contratante na relação contratual concretamente considerada.

Tais deveres e riscos, cujo atendimento é relevante para a investigação da imputabilidade do descumprimento ao devedor, podem decorrer diretamente da vontade das partes ou mesmo de fontes legais. No que diz respeito à atuação de fontes legais para o surgimento de tais deveres e riscos, pode-se pensar, por exemplo, nos deveres laterais de conduta deflagrados pela boa-fé objetiva no âmbito do fenômeno da heterointegração dos

[618] A ilustrar o quanto exposto, veja-se que, segundo a vertente doutrinária em comento, a delimitação do descumprimento contratual imputável se confunde com a delimitação da imputabilidade do dever de indenizar por eventuais perdas e danos: "Na tradição do direito costumou-se distinguir em inadimplemento culposo e não culposo do devedor. Trata-se de terminologia fundada na centralidade que a culpa observou como pressuposto da responsabilidade pela violação do dever no direito privado em geral, em especial a partir do pensamento jurídico moderno, depois consagrado nas codificações civis. No direito brasileiro, o Código Civil distingue os efeitos do inadimplemento em culposo e não culposo, de modo que, havendo culpa, responder o devedor pelos efeitos do inadimplemento, tais como as perdas e danos (por exemplo, arts. 234, 248 e 251 do Código Civil)" (MIRAGEM, Bruno. *Direito civil*: direito das obrigações. 2. ed., cit., p. 483-484).

contratos, ou mesmo nos riscos porventura alocados abstratamente pelo legislador.

Já no que diz respeito à possibilidade de deveres e riscos serem atribuídos a certo contratante por estipulação consensual – caso assentado preliminarmente, por certo, o juízo positivo de legitimidade de tal disposição à luz dos parâmetros valorativos do sistema jurídico –, parece estar-se diante de simples aplicação da premissa geral de que as partes têm liberdade para definir o programa contratual de interesses cuja promoção é imposta pelo princípio do equilíbrio contratual. Essa liberdade conformativa inclui a prerrogativa de alocação convencional dos riscos associados ao *caso fortuito* e à *força maior* – o que, portanto, não constitui uma peculiaridade a justificar a dissociação rígida entre culpa e imputação.

Nesse ponto do raciocínio, sem prejuízo da sinonímia interna entre as expressões *caso fortuito* e *força maior*,[619] convém destacar o que parece ser uma polissemia por vezes não explicitada na matéria.[620] A análise das situações em que as noções são mais comumente invocadas revela que o *caso fortuito* (ou *força maior*) pode ser tomado em ao menos dois sentidos. De uma parte, alude-se ao caso fortuito ou força maior para se referir a causas excludentes de responsabilidade, i.e., causas que interrompem o nexo causal direto e imediato que se exige, *ex vi* da teoria da causalidade direta e imediata,[621] para a deflagração do dever de indenizar.[622] De outra parte, invoca-se o caso fortuito (ou força maior) para se referir a

---

[619] Não se desconhece o esforço teórico de diferenciação das figuras, comumente pautado na distinção entre *imprevisibilidade* (caso fortuito) e *irresistibilidade* (força maior), que teria origem no Direito Romano: "Para os romanos o caso fortuito era caracterizado pela impossibilidade de ser previsto – *nullum humanum consilium proevidere potest* – e a força maior pela impossibilidade de ser vencida – *vis cui resisti non potest*" (CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*. Tomo II. 4. ed. Atual. José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 29-30). Em boa hora, contudo, a doutrina veio a sedimentar o entendimento de que, diante da identidade de efeitos, não se justifica o tratamento do caso fortuito e da força maior em apartado. Cumpre, ao revés, reconhecer a sua autêntica sinonímia no direito civil brasileiro. Nesse sentido, v., por todos, TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume 1, cit., p. 709. Semelhante conclusão já era alcançada, à luz do Código Civil de 1916, por CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*. Tomo II, cit., p. 31.

[620] Conforme já advertido também por Francisco Sabadin Medina: "Logo, sob uma perspectiva sistemática, o grande problema do caso fortuito ou força maior na responsabilidade contratual é que ele abrange conjuntamente dois momentos distintos dos distúrbios da relação jurídica, ou seja, ele se refere tanto à liberação do dever de prestar (causa) quanto à ausência de dever de indenizar (uma das possíveis consequências)" (MEDINA, Francisco Sabadin. *Compra e venda de coisa incerta no direito civil brasileiro*: uma análise do dever do vendedor no Código Civil de 2002. Tomo II, cit., p. 203).

[621] V., por todos, CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 96 e ss.

[622] Nesse sentido, afirma-se: "No Direito brasileiro, o caso fortuito ou de força maior é considerado uma excludente de responsabilidade civil que, ao lado do fato exclusivo de terceiro e do fato exclusivo da própria vítima, interfere na cadeia causal, provocando a sua interrupção" (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Cláusula penal em temos de pandemia. *Migalhas*, 16/6/2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/328983/clausula-penal-em-tempos-de-pandemia. Acesso em 21/10/2021). Assim, segundo essa linha de raciocínio, o caso fortuito ou força maior não obstaria propriamente a configuração do inadimplemento, mas sim a produção de efeitos que seriam deflagrados por ele, tal como a incidência da cláusula penal: "Como já adiantado, a razão pela qual, diante de um caso

circunstâncias supervenientes à formação do contrato que impactam o curso normal da sua execução e acarretam a impossibilidade (superveniente e inimputável) da prestação a cargo do devedor;[623] precisamente nesse sentido formula-se a definição do caso fortuito ou força maior como "um evento não imputável ao devedor, que ocasionou a impossibilidade da prestação, tal como devida".[624]

Admitindo-se a ausência de atecnia em qualquer das formulações, chega-se à constatação de que as expressões *caso fortuito* e *força maior* por si só remetem, quando muito, a fatos jurídicos produtores de efeitos (traduzidos nas situações jurídicas subjetivas deles decorrentes)[625] potencialmente diversos. Tais efeitos, por sua vez, haverão de ser individualizados à luz das especificidades de cada caso concreto, a depender do filtro da análise empreendida pelo intérprete.

À luz do raciocínio exposto, seja por os deveres e riscos concretamente assumidos por cada parte conformarem a própria noção de culpa,[626] seja por se situarem ao lado da culpa no

---

fortuito ou de força maior, o devedor, em regra, não responde pelos prejuízos sofridos pelo credor em razão da inexecução, é o rompimento do nexo de causalidade com a ocorrência do fortuito. Assim, se ficar demonstrado que o devedor não cumpriu a prestação que lhe incumbia em razão, pura e simplesmente, da pandemia, que o impediu mesmo de cumprir, tornando a prestação objetivamente impossível de ser cumprida, afastada estará a cláusula penal, porque não se estará diante de 'verdadeiro' inadimplemento. Se o descumprimento decorre exclusivamente do fortuito, não há que se falar também em 'concorrência de causa', nem mesmo em culpa do devedor" (Ibid.).

[623] "A 'impossibilidade superveniente inimputável ao devedor' pode decorrer de caso fortuito, força maior, ato do credor, ato de terceiro ou ato do próprio devedor sem culpa" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 101). Na mesma linha de sentido, v. CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*. Tomo II, cit., p. 35.

[624] MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao novo Código Civil. Volume V, Tomo II, cit., p. 290. Em sentido similar, leciona-se: "O caso fortuito ou a força maior se relaciona à inexecução involuntária da prestação, extinguindo-se a obrigação pela absoluta impossibilidade de seu cumprimento, em vista de fato superveniente. Tem-se, nessa hipótese, a impossibilidade objetiva no cumprimento de determinada obrigação. (...) A qualificação de determinada situação como caso fortuito ou força maior, portanto, depende da verificação da objetiva possibilidade de adimplemento da prestação, seja por impossibilidade do seu objeto (a prestação não pode ser cumprida por evento externo inevitável), seja do sujeito (acometido por doença que o incapacita de efetuar a prestação)" (TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato; DIAS, Antônio Pedro. Contratos, força maior, excessiva onerosidade e desequilíbrio patrimonial, cit.).

[625] "Os efeitos por excelência dos fatos jurídicos na ordem civil consistem nas situações jurídicas subjetivas. Em outras palavras, de todo fato jurídico concreto, situado no mundo do ser, resulta um efeito jurídico, conceito abstrato que integra o universo do dever ser. Tais efeitos, enquadráveis em categorias distintas estrutural e funcionalmente, podem ser reunidos sob a designação genérica de situações jurídicas subjetivas" (SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. *Civilistica.com*, a. 4, n. 1, p. 1-26, 2015, p. 2).

[626] "Se, pois, o princípio da responsabilidade é uniforme, há, em todo caso, para ele uma medida diferente nas duas espécies de culpa. Na contratual pode o contrato modificar-lhe a extensão e mesmo determinar elementos especiais cujo concurso determine a culpa" (CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*. Tomo II, cit., p. 12). O autor prossegue: "O princípio resolutivo da obrigação por caso fortuito e força maior sofre as exceções seguintes em que o devedor é obrigado a prestar. Tais são: I. Se por convenção expressamente por eles se responsabilizou, o que quer dizer que a convenção pode alargar ou restringir à vontade o grau da culpa e isso mostrar a inutilidade de graduá-la em lei. A convenção das partes pode ir além, chegar a fixar elementos especiais para que se considere um fenômeno qualquer um caso fortuito" (Ibid., p. 33).

rol de possíveis fatores de imputação, alcança-se a mesma – e inarredável – conclusão: os deveres e riscos atribuídos a cada contratante, à luz da relação contratual concretamente considerada, devem necessariamente ser levados em consideração pelo intérprete-aplicador do direito por ocasião da análise sobre a ocorrência ou não de inadimplemento contratual. Afinal, apenas a consideração dos deveres concretamente atribuídos ao devedor permitirá a investigação de eventual reprovabilidade quanto ao seu descumprimento.[627]

A verdadeira divergência entre as formulações em comento parece residir, portanto, não nas repercussões jurídicas do raciocínio – o que, afinal, há de ser o foco da análise –, mas sim na questão preliminar relativa à definição da culpa. A se seguir o paradigma da culpa psicológica, a conduta individual seria analisada abstratamente (e insatisfatoriamente, portanto) à luz do critério do bom pai de família,[628] de modo que, uma investigação mais sofisticada sobre a legitimidade da conduta do agente dependeria da assunção da relevância de outros fatores de imputação para além da culpa. A se seguir o paradigma da culpa normativa, diversamente, a culpa já traduziria o *locus* adequado para a avaliação da legitimidade da conduta do contratante à luz dos *standards* incidentes, no caso concreto, com base nas disposições legais e convencionais pertinentes.[629] Em qualquer dos cenários, nota-se que a investigação da imputabilidade do descumprimento contratual não se desvincula do imprescindível juízo de valoração da conduta do contratante à luz de parâmetros objetivos.[630]

Parece postar-se a corroborar as presentes reflexões a construção, presente no seio da

---

[627] Registre-se, por oportuno, que a delimitação da fonte de tais deveres (em relação a cujo descumprimento se perquire a reprovabilidade da conduta do devedor) está na origem da distinção tradicional entre *culpa contratual* e *culpa extracontratual* (ou *aquiliana*): "Divide-se a culpa em contratual e extracontratual. Diz-se contratual a que repousa em obrigação preexistente a cujo implemento se era obrigado. Convém notar, entretanto, que o vocábulo não implica a ideia de um contrato anterior e sim somente de uma obrigação cuja fonte pode ser outra, como um quase-contrato, etc. A extracontratual, também chamada aquiliana pela origem romana de sua regulamentação, é a que decorre dos atos ilícitos" (CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*. Tomo II, cit., p. 12). O autor adverte, oportunamente: "Convém, entretanto, não exagerar a diferença entre as duas espécies de culpa. Ambas constituem um fato ilícito e nisto reside a mesmidade do conceito filosófico de ambas" (Ibid., p. 13).

[628] Afinal, a "(...) concepção clássica de culpa, dita culpa psicológica", de feição excessivamente abstrata, se associava puramente "(...) à violação de dever específico preexistente, na formulação clássica de Planiol" (SOUZA, Eduardo Nunes de. Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico. *Civilistica.com*, a. 2. n. 2. 2013, p. 20), sem maior abertura à investigação da conformidade da conduta do agente à luz de parâmetros objetivos mais adequados à hipótese fática concretamente considerada. Para uma análise acerca do desenvolvimento da noção de *culpa* na responsabilidade civil, v., ainda, entre outros, MELO, Diogo L. Machado de. *Culpa extracontratual*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 48 e ss.

[629] "Com a noção normativa da culpa, valorizam-se os componentes objetivos do comportamento juridicamente merecedor de tutela, de tal modo que seu descumprimento se torna o fundamento de imputação da responsabilidade, afastando-se o exame – ficcional e, portanto, inconveniente em si mesmo – de qualquer elemento subjetivo vinculado à consciência e à possível previsibilidade em relação ao resultado danoso" (SOUZA, Eduardo Nunes de. Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico, cit., p. 21).

[630] De fato, nota-se um fundamental ponto de convergência entre as formulações: em qualquer delas, a culpa denota um descumprimento reprovável do dever imposto ao agente. Essa reprovabilidade se associa a um juízo de desvalor da conduta do agente, ora com base em análise abstrata à luz do critério do bom pai de família (culpa psicológica), ora com base nos standards concretos e objetivamente aferíveis (culpa normativa).

mesma vertente doutrinária pautada na dissociação entre culpa e imputação, que pugna pela imprescindibilidade da comprovação da *antijuridicidade* também no âmbito da responsabilidade objetiva – que, como já destacado, por vezes é invocada para a compreensão da imputabilidade do descumprimento contratual.[631] Tal legítima preocupação com a investigação da reprovabilidade da conduta no âmbito da responsabilidade civil objetiva (traduzida na noção de *antijuridicidade*)[632] traduz, se não a confissão implícita da adoção de uma definição excessivamente restritiva de culpa, ao menos a já mencionada convergência em torno da constatação fundamental na matéria: a configuração da imputabilidade do descumprimento contratual depende, em qualquer das formulações, de um juízo de

[631] Assim sustenta Judith Martins-Costa: "A proteção jurídica de tais bens enseja, dentre outros efeitos, indenizabilidade (melhor dito: compensabilidade, em regra, pelo dinheiro) quando da sua violação injusta e danosa. Em qualquer hipótese, porém, o dano indenizável há de resultar de ato ou omissão antijurídica, ainda que o regime seja o da responsabilidade objetiva, pois, nesse caso, faz-se abstração da culpa, mas não da antijuridicidade que é a contrariedade ao Direito, seja esta produzida culposamente ou não" (MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, a. 3, n. 9, p. 7.073-7.122, 2014, p. 7.087). A autora prossegue: "Desta sorte, atos lícitos, ainda que causadores de dano, só excepcionalmente – quando assim determinado em lei – dão ensejo ao dever de indenizar. O caput do art. 927 do Código Civil não dispensa a ilicitude, ao fazer a remissão aos arts. 186 e 187 e o seu parágrafo único afasta a culpa (mas não a antijuridicidade) 'nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem'" (Ibid., p. 7.088).

[632] Parece possível afirmar que a preocupação com a reprovabilidade da conduta do agente se faz presente mesmo na formulação teórica segundo a qual a antijuridicidade, presente também na responsabilidade civil objetiva, remontaria ao *dano*, e não à *conduta*: "Constata-se, portanto, que qualquer ato humano voluntário pode ser considerado lícito ou ilícito (e, para os fins de aplicação da responsabilidade subjetiva, haverá dever de indenizar conforme desse ato advenha ou não dano injusto). No que tange à responsabilidade objetiva, parece razoável compreender que nela também continua a existir a antijuridicidade, que permanece residindo no elemento objetivo (o dano causado a outrem). Considerar que, em qualquer dos dois regimes, o caráter antijurídico está na produção do dano e não na conduta contribui para a superação da indesejável crença em um papel proeminentemente punitivo desempenhado pela responsabilidade civil, ao mesmo tempo em que soluciona algumas controvérsias particulares. Essa perspectiva permite, por exemplo, estender a aplicabilidade das chamadas excludentes de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, consentimento do ofendido, estrito cumprimento do dever legal e assim por diante) ao regime da responsabilidade objetiva, interpretação que se afigura duvidosa para os autores que entendem ser a culpa o índice da ilicitude e não haver antijuridicidade no regime objetivo" (SOUZA, Eduardo Nunes de. Em defesa do nexo causal: culpa, imputação e causalidade na responsabilidade civil. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord.). *Controvérsias atuais em responsabilidade civil*: estudos de direito civil-constitucional. São Paulo: Almedina, 2018, p. 52). Para os fins do presente estudo, nota-se que a convergência referida anteriormente se manifesta também no âmbito da formulação teórica ora em comento, que, coerentemente com o afastamento da exigência de culpa para a configuração da responsabilidade civil objetiva, desloca para o dano a análise da antijuridicidade. Sem embargo dessa coerente delimitação conceitual, nota-se que também no âmbito desta proposta exsurge a relevância da valoração da conduta individual, sem o que seria de difícil explicação a propugnada possibilidade de incidência, também no âmbito da responsabilidade civil objetiva (e não apenas no da responsabilidade civil subjetiva), das denominadas causas excludentes de ilicitude previstas pelo art. 188 do Código Civil – em especial, as hipóteses de legítima defesa e estado de necessidade, que mais diretamente remontam a um juízo positivo de legitimidade da conduta do agente. Subsiste, de todo modo, a necessidade de investigação da antijuridicidade do dano (para além do juízo sobre a conduta), à luz da axiologia do ordenamento jurídico, em decorrência de que a indenizabilidade do dano depende da comprovação da sua injustiça (ao propósito, seja consentido remeter a TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Novos bens jurídicos, novos danos ressarcíveis: análise dos danos decorrentes da privação do uso. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 129, p. 33-60, maio-jun./2020, item 2).

reprovabilidade da conduta do contratante.[633] A investigação do inadimplemento, portanto, deve se pautar não apenas na identificação da ausência de cumprimento de um dever obrigacional, mas também na indagação sobre a viabilidade de que ao devedor "possa ser pessoalmente censurável o fato de não ter adotado o comportamento devido".[634] Para esse desiderato, contudo, não se vislumbram razões que justifiquem a adoção de raciocínio distinto daquele que pauta a análise da imputabilidade na investigação do descumprimento culposo, ora compreendido este fator de imputação à luz do paradigma da culpa normativa.

A convergência ora identificada também se faz presente, em alguma medida, a partir da análise das disposições do Código de Defesa do Consumidor no âmbito da disciplina da responsabilidade por vício do produto e do serviço[635] (Seção III do Capítulo IV do Título I do CDC). Vale esclarecer, desde logo, que o presente cotejo se justifica pela percepção de que a *responsabilidade por vício* consiste, em perspectiva funcional, em autêntica *responsabilidade pelo inadimplemento*,[636] como oportunamente tem destacado a doutrina.[637] Compreende-se,

---

[633] Diante disso, não surpreende que autores associados às contrapostas formulações teóricas em matéria de compreensão da *imputabilidade* – a destacar a imprescindibilidade da culpa (caso de Ruy Rosado de Aguiar Júnior) ou a ausência de exclusividade da culpa (caso de Judith Martins-Costa) – convirjam em torno do reconhecimento de que não basta o descumprimento da prestação para que se possa reputar configurado o inadimplemento contratual. O inadimplemento consistiria, em realidade, na "(...) não-realização da prestação devida, como devida, e na medida em que essa não-realização corresponda à violação da norma (legal, convencional, imposta pelos usos ou derivada de modelo jurisprudencial) que era especificamente dirigida ao devedor (cominando o dever de prestar) ou ao credor (cominando o dever de receber)" (MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao novo Código Civil. Volume V, Tomo II, cit., p. 130). Ao destacar que o inadimplemento não se resumiria ao incumprimento, correspondendo, na verdade, à "(...) não-realização da prestação devida, enquanto devida" (Ibid., p. 129), tal formulação parece alcançar similar resultado jurídico similar à construção segundo a qual "[a] 'culpa' contratual, em sentido amplo, consiste em o devedor infringir, dolosa ou culposamente, os deveres que o contrato lhe impõe" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 104).

[634] NANNI, Giovanni Ettore. Art. 389 [verbete], cit., p. 616.

[635] Quanto às noções de *produto* e de *serviço* (na esteira da definição legal contida nos §§ 1º e 2º do art. 3º do CDC), afirma-se: "O CDC, ao definir produto e serviço como objetos da relação de consumo, distingue claramente o primeiro como um bem, e o segundo como 'qualquer atividade fornecida no mercado de consumo'. Em certa medida, projetam na prestação objeto da relação de consumo, a distinção clássica entre a obrigações de dar e fazer, consagradas no direito obrigacional" (MIRAGEM, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; LORENZETTI, Ricardo Luis; CARVALHO, Diógenes Faria de; MIRAGEM, Bruno. *Contratos de serviços em tempos digitais*: contribuição para uma nova teoria geral dos serviços e princípios de proteção dos consumidores. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 343). O autor ressalta a tendência de aproximação entre tais categorias à luz do novo paradigma tecnológico: "Ao permitir a conectividade de produtos, a partir da qual passa a contar com novas funcionalidades – como é o caso, especialmente, da internet das coisas e da aplicação da inteligência artificial – passa a existir, em muitas situações, uma interdependência entre produto ou serviço, de modo que sua utilidade e valor supõem essa relação" (Ibid., p. 343).

[636] A propósito, afirma-se: "Observa-se, com isso, aproximação funcional, no regime do CDC, entre o regime dos vícios e aquele do inadimplemento, que se reflete nas suas consequências jurídicas" (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Contratos: Teoria Geral. In: TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Volume 3: Contratos. 3. ed., cit., p. 129).

assim, a distinção funcional entre a *responsabilidade por vício* (hipótese específica de *responsabilidade pelo inadimplemento*, nos termos expostos acima) e a *responsabilidade por fato do produto e do serviço* (Seção II do Capítulo IV do Título I do CDC), por corresponder esta última a uma autêntica hipótese de *responsabilidade civil*[638] (sem se perder de vista que o CDC não diferencia essa responsabilidade civil conforme seja contratual ou extracontratual a fonte do dever violado em produção de dano ao consumidor).[639]

Sem embargo da consabida anunciação do caráter objetivo da responsabilidade por vício do produto e do serviço nas relações de consumo (ressalvada a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, conforme expressa previsão do art. 14, § 4º, do CDC),[640] a análise da respectiva disciplina suscita algumas observações. Inicialmente, nota-se que o CDC não contém qualquer menção à *culpa* no âmbito das normas relativas à responsabilidade por vício, na contramão da pluralidade de menções à *culpa* no âmbito das normas relativas à

---

[637] Ilustrativamente, afirma-se, no que tange aos *vícios de quantidade* (espécie do gênero *vícios do produto*): "Invariavelmente, a venda de algum produto em quantidade ou tamanho menor configura inadimplemento contratual" (BESSA, Leonardo Roscoe. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 216). Pertinente à presente investigação, ainda, a assertiva de Bruno Miragem: "(...) os vícios e seu regime de responsabilidade não se confundem com a noção de inadimplemento absoluto da obrigação, mas a um cumprimento parcial, imperfeito, cuja identificação remete às soluções previstas no Código Civil e na legislação, para atendimento do interesse das partes, a princípio, no cumprimento do contrato" (MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, cit., p. 650).

[638] Justamente por isso, destaca-se o papel central da ocorrência ou não de dano indenizável para a distinção entre o fato do produto ou serviço e o vício do produto ou serviço: "Do vício do produto ou do serviço trataremos mais adiante, mas desde logo é importante distingui-lo do fato do produto ou do serviço. A palavra-chave neste pomo é defeito. Ambos decorrem de um defeito do produto ou do serviço, só que no fato do produto ou do serviço o defeito é tão grave que provoca um acidente que atinge o consumidor, causando-lhe dano material ou moral. É também chamado de defeito de segurança porque compromete a segurança do produto ou serviço, gerando riscos à incolumidade do consumidor ou de terceiro. Vício, por sua vez, é defeito menos grave, circunscrito ao produto ou serviço em si; um defeito que lhe é inerente ou intrínseco. É chamado de vício de adequação porque apenas causa o mau funcionamento, utilização ou fruição do produto ou do serviço; compromete a sua prestabilidade" (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 590). O autor arremata: "(...) fato do produto é um acontecimento externo, que ocorre no mundo exterior, que causa dano material ou moral ao consumidor (ou ambos), mas que decorre de um defeito do produto" (Ibid., p. 591).

[639] "O sistema de responsabilização do Código do Consumidor, como se sabe, foi elaborado na esteira da formação de uma sociedade caracterizada pela complexibilidade tecnológica, com produção em massa e conseqüente desindividualização do produto e despersonalização dos protagonistas da relação de consumo. O descompasso das estruturas formais com tipologia social emergente evidenciou a necessidade de superação da dicotomia entre a responsabilidade contratual, restrita às partes do negócio jurídico, e a extracontratual, fundada na noção de culpa. (...) Demais disso, segundo determinação expressa do art. 17 do CDC, para efeito de acidente de consumo, 'equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento'. Protege-se, assim, qualquer pessoa atingida pelo fato do produto ou serviço, independentemente da posição jurídica que ocupa" (TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. In: *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 280-281).

[640] V., por todos, BESSA, Leonardo Roscoe. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESS, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*, cit., p. 222-223; e MELO, Diogo L. Machado de. *Culpa extracontratual*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 223 e ss.

responsabilidade por fato (em especial, arts. 12, *caput*, e 14, *caput* e § 4°).[641] Ao revés de indício de eventual atecnia ou lacuna passível de crítica, tal circunstância pode ser compreendida como relevante sinalização de que o CDC se ocupou deliberadamente de diferenciar a normativa da responsabilidade por vício em relação à normativa da responsabilidade por fato, em conformidade com a marcante distinção funcional entre os respectivos regimes obrigacionais.

De todo modo, ainda que se entenda que a responsabilidade por vício prescinde da culpa – seja por se propugnar uma "aplicação analógica" ou "interpretação sistemática" com base nas normas sobre a natureza objetiva da responsabilidade por fato, seja por se aplicar a mencionada linha de raciocínio que sustenta a prescindibilidade, em geral, da culpa para a configuração do descumprimento imputável –, a análise do dado normativo revela que, ao estabelecer os requisitos para a configuração do *vício* do produto ou do serviço, o CDC consagra a necessidade de realização de um juízo de reprovabilidade sobre a conduta do fornecedor.

Assim sucede com a definição do que se entende tanto por produtos quanto por serviços *impróprios*, nos termos do art. 18, § 6º, e do art. 20, § 2º, respectivamente. Tais preceitos revelam que a deflagração da responsabilidade por vício do produto e do serviço depende de uma valoração negativa sobre a conduta do fornecedor, conquanto objetivamente considerada.[642] Assim compreendida, a disciplina consumerista sobre a responsabilidade por vício se compatibiliza com o próprio paradigma da culpa normativa para o estudo do inadimplemento contratual em geral, no contexto geral do que se pode referir por um movimento de contínua objetivação da valoração da conduta individual para fins de configuração do descumprimento contratual imputável.[643]

---

[641] Optou-se deliberadamente por não se fazer menção à "culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro" prevista pelo art. 12, § 3°, III e pelo art. 14, § 3°, II, do CDC, em razão do reconhecimento de que tal "culpa" traduz, em realidade, um *fato* idôneo a configurar causa de excludente de responsabilidade, com relevância, portanto, para a investigação do nexo causal, não já para a *culpa* de que se ocupa no estudo da imputabilidade do descumprimento contratual.

[642] A prescindir, portanto, da perquirição do estado psicológico do fornecedor. Não por acaso, o art. 23 do CDC preceitua que "[a] ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade". Afinal, o desvalor de conduta deve ser apurado objetivamente, i.e., a partir de parâmetros objetivos (em raciocínio iniciado pelos arts. 18, § 6º, e 20, § 2º, do CDC), como decorre, em geral, no estudo do inadimplemento contratual a partir do paradigma da culpa normativa.

[643] Parece possível associar tal movimento ao secular reconhecimento acerca da *presunção de culpa* (em caráter relativo) no âmbito do estudo do inadimplemento contratual: "A culpa do devedor, contudo, será sempre presumida. Por se tratar de presunção relativa (*juris tantum*), o devedor poderá provar, e a ele cabe este ônus, que não houve fato ou omissão a ele imputável, para se livrar dos encargos da mora" (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume 1., cit., p. 715). Ao propósito, v., ainda, NANNI, Giovanni Ettore. Art. 389 [verbete], cit., p. 616; e, sob a égide do Código Civil de 1916, CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*. Tomo II, cit., p. 26-27. A formulação

As precedentes considerações, ao confirmarem a viabilidade de qualificação do inadimplemento como uma circunstância de desequilíbrio contratual imputável do devedor, acarretam algumas relevantes consequências no estudo do inadimplemento contratual. Com efeito, para além do incremento da precisão conceitual, a qualificação do inadimplemento à luz do princípio do equilíbrio contratual acarreta repercussões valorosas tanto no que diz respeito à compreensão da bipartição fundamental do inadimplemento (a contrapor *inadimplemento relativo* e *inadimplemento absoluto*) quanto no que diz respeito ao aperfeiçoamento da sistematização das vicissitudes supervenientes à formação do contrato.

No que diz respeito ao primeiro ponto destacado, nota-se que a renovada qualificação funcional do inadimplemento reclama que não só o inadimplemento genericamente considerado, mas também a delimitação das fronteiras entre as duas espécies que correspondem à sua divisão fundamental seja relida à luz do princípio do equilíbrio contratual. Trata-se, assim, de se reconhecer que o *interesse útil do credor*,[644] de longa data identificado como a medida exata da distinção entre inadimplemento absoluto e mora,[645] recebe os influxos da propugnada releitura do adimplemento e passa a corresponder ao interesse na concretização do resultado útil legitimamente associado ao programa de

---

de tal presunção de culpa, tradicionalmente entendida como notável marco distintivo entre a culpa contratual e a culpa extracontratual (v., por todos, MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*. Tomo II, cit., p. 13), parece se associar, em maior ou menor medida, ao esforço de aperfeiçoamento da valoração da conduta individual, em gradativa superação do paradigma da culpa psicológica, à semelhança do que se verificou na doutrina ocupada do estudo da responsabilidade civil: "O conceito de culpa também se encontra em estado de indefinição no atual direito da responsabilidade civil. Originalmente, culpa era apenas a situação contrária ao direito, porque negligente, imprudente, imperita ou dolosa, que acarretava danos aos direitos de outrem. Modernamente, todavia, diversos autores abandonaram esta conceituação, preferindo considerar a culpa o descumprimento de um standard de diligência razoável, diferenciando esta noção, dita 'normativa' ou 'objetiva', da outra, dita 'psicológica'" (MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 395).

[644] A adoção do critério do interesse útil do credor encontra fundamento positivo mais imediato no parágrafo único do art. 395 do Código Civil, *verbis*: "Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos". Tal solução normativa reflete a orientação previamente já consagrada no parágrafo único do art. 956 do Código Civil de 1916, *in verbis*: "Art. 956. Responde o devedor pelos prejuízos a que a sua mora der causa (art. 1.058). Parágrafo único. Se a prestação, por causa da mora se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir, satisfação das perdas e danos". O direito brasileiro consagra, assim, o que tradicionalmente se denomina por *caráter transformista da mora*, com o que se busca fazer menção à possibilidade de conversão da mora em inadimplemento absoluto. A propósito, veja-se a lição de Agostinho Alvim sob a égide do CC/1916: "A mora do devedor converte-se em inadimplemento absoluto, quando a prestação, por causa dela, se tenha tornado inútil ao credor" (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 62).

[645] V., por todos, AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 132; TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 83-84; e FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*, cit., p. 33.

interesses originária e validamente entabulado pelas partes,[646] cuja promoção (dinâmica e eficiente) é imposta justamente pelo princípio do equilíbrio contratual.[647]

Desse modo, o princípio do equilíbrio contratual impacta a compreensão do ponto de referência das próprias noções de *definitividade* e *impossibilidade*, tradicionalmente (e, no mais das vezes, conjuntamente)[648] invocadas para a explicação do substrato do critério do *interesse útil do credor* no âmbito da distinção entre mora e inadimplemento absoluto.[649] Assim, o caráter não definitivo ou definitivo da frustração (ou sacrifício) do interesse útil do credor[650] deve ser investigado à luz da subsistência ou não da produção do resultado útil legitimamente associado ao programa de interesses cuja promoção é imposta pelo princípio do equilíbrio contratual.[651] A análise pautada exclusivamente na subsistência ou não da

---

[646] "Diante da concepção funcional de adimplemento, amplia-se o conceito de inadimplemento, que passa a ser entendido como a não satisfação dos interesses concretos do credor. (...) O critério de distinção entre mora e inadimplemento absoluto será a permanência ou não do interesse do credor no cumprimento da prestação. Ainda que a realização da prestação seja possível ao devedor em abstrato, se ela não é capaz de satisfazer os interesses do credor, a hipótese será de incumprimento definitivo, pois não proporcionada à parte a utilidade esperada conforme o programa obrigacional" (TEPEDINO, Gustavo; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. A aplicação da cláusula penal compensatória nos contratos de promessa de compra e venda imobiliária. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*: pressupostos, evolução e remédios. Volume I. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 517). Parece possível a associação da noção ora propugnada com a afirmação de que "o interesse do credor corresponde à vantagem que este retira da prestação" (PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*. Coimbra: Almedina 2017, p. 292).

[647] O interesse útil corresponde, assim, ao interesse (objetivamente apurável) na promoção do resultado útil do contrato, para cuja conformação concorrem, como destacado acima, o *interesse na prestação* e o *interesse no resultado*.

[648] "Dá-se o inadimplemento absoluto quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá sê-lo, como no caso de perecimento do objeto, por culpa do devedor. Mais precisamente: quando não mais subsiste para o credor a possibilidade de receber. Haverá mora no caso em que a obrigação não tenha sido cumprida no lugar, no tempo, ou na forma convencionados, subsistindo, em todo o caso, a possibilidade de cumprimento. Logo, o inadimplemento absoluto é a impossibilidade de receber e a mora é a persistência dessa possibilidade. O critério definidor se no episódio concreto há mora ou inadimplemento é a subsistência ou não da utilidade da prestação ao credor diante do incumprimento (ar.t 395, CC). Se há emenda possível e útil ao credor, está-se diante de mora, em caso contrário se trata de inadimplemento, em decorrência da definitividade" (NANNI, Giovanni Ettore. Art. 389 [verbete], cit., p. 613).

[649] "À luz do Código Civil, o inadimplemento divide-se em duas espécies: (a) o inadimplemento absoluto e (b) o inadimplemento relativo. O inadimplemento absoluto consiste no descumprimento definitivo da obrigação. O inadimplemento relativo ou mora configura-se quando a inexecução da obrigação não é definitiva, afigurando-se ainda possível seu cumprimento pelo devedor de modo a atender o interesse útil do credor" (SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*, cit., p. 348). Em sentido similar, v. TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 89 e ss.

[650] "(...) o sacrifício do interesse útil do credor distinguiria (...) o inadimplemento absoluto (onde há o sacrifício definitivo do interesse) e o inadimplemento relativo (em que a violação dos deveres originários afetam o interesse, porém sem sacrificá-lo)" (MIRAGEM, Bruno. *Direito civil*: direito das obrigações. 2. ed., cit., p. 490).

[651] O raciocínio ora propugnado vai ao encontro da exortação doutrinária a que o interesse útil do credor se desprenda da antiga feição de "arbítrio do credor" e passe a vincular a uma análise objetiva que mire a "real inutilidade para o credor, à luz do fim para o qual se constituiu a relação obrigacional": "Na visão tradicional, sendo a obrigação vínculo que submete o devedor ao poder do credor, dependia da vontade desse último a definição sobre a preservação ou não do interesse útil. Constituía-se um espaço de verdadeiro arbítrio do credor, competindo-lhe dizer se ainda conservava interesse ou não na prestação. A utilidade era vista de perspectiva estritamente subjetiva, confundindo-se com mera escolha do credor, que detinha, assim, o poder de converter a mora em inadimplemento absoluto. A melhor doutrina civilista esforçou-se, contudo, ainda sob a vigência da codificação de 1916, por enxergar a questão de modo mais objetivo, explorando o sentido material da expressão

possibilidade de cumprimento da prestação principal cede espaço, assim, a uma análise cujo ponto de referência seja a subsistência ou não da possibilidade de promoção do resultado útil do contrato.

Vista a questão por outro ângulo – mas sem perder de vista o prisma do equilíbrio contratual –, poder-se-ia dizer que o inadimplemento absoluto e a mora distinguem-se conforme seja irreversível ou reversível, respectivamente, o desequilíbrio (i.e., o desvio de rota entre o efetivo curso da execução contratual e o curso que seria de se esperar com base no programa de interesses originária e validamente entabulado). Evita-se, enfim, a necessidade de recurso a construções que se ressentem da ausência de prévia delimitação do cânone valorativo (o princípio do equilíbrio contratual) a pautar a investigação dos impactos do inadimplemento sobre o critério legal de distinção entre as espécies de inadimplemento (o interesse útil do credor).[652]

Tal raciocínio depende, à luz das premissas já expostas, de uma análise funcional do inadimplemento, que leve em conta os seus "(...) efeitos no programa contratual",[653] de modo a se pautar a investigação do interesse útil sempre "de acordo com a concreta economia contratual".[654] De fato, apenas uma análise funcional, à luz da causa do contrato e dos interesses concretamente envolvidos, permitirá afirmar se o incumprimento por parte do devedor teve ou não o condão de acarretar a definitiva frustração do interesse útil do credor. Em suma, não se pode prescindir da análise funcional da relação obrigacional para a configuração da própria noção de *interesse útil*,[655] objetivamente associada ao programa contratual de interesses cuja preservação dinâmica é imposta pelo princípio do equilíbrio contratual.[656]

'inútil ao credor', a revelar que não se deve vislumbrar aí mera escolha do credor, mas uma real inutilidade para o credor, à luz do fim para o qual se constituiu a relação obrigacional" (SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*, cit., p. 348-349).

[652] Assim, por exemplo, quando se diz que "[a] impossibilidade definitiva de realização da prestação devida assume este caráter pelo sacrifício do interesse útil do credor", em resultado de não mais haver "condições objetivas, fáticas ou jurídicas para seu cumprimento, ou porque, mesmo que existam, a prestação não satisfaz mais o interesse útil do credor" (MIRAGEM, Bruno. *Direito civil*: direito das obrigações. 2. ed., cit., p. 497), cumpre ter em mente que tais *possibilidade* e *utilidade* não devem ser examinadas à luz da própria prestação abstratamente considerada, mas sim à luz do resultado útil em torno de cuja promoção se estrutura o interesse útil do credor.

[653] MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao novo Código Civil. Volume V, Tomo II, cit., p. 218.

[654] TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor, cit., p. 101-102.

[655] "A determinação do atendimento ou não deste interesse útil do credor é fato que se determina e justifica na interpretação da legítima expectativa do credor e função que se reconhece ao contrato, não se definindo exclusivamente a partir de motivos particulares, dissociados da causa da obrigação" (MIRAGEM, Bruno. *Direito civil*: direito das obrigações. 2. ed., cit., p. 490).

[656] A evidenciar a íntima correlação entre interesse útil e equilíbrio contratual, afirma-se: "Consoante a contemporânea dogmática obrigacional, o conceito de inadimplemento é funcional: abandona-se o conceito

A qualificação do inadimplemento à luz do princípio do equilíbrio contratual contribui, ademais, para o aperfeiçoamento da sistematização das vicissitudes supervenientes à formação do contrato, em continuação do esforço de superação do caráter assistemático do tratamento dispensado pelo direito positivo brasileiro tanto às vicissitudes supervenientes imputáveis quanto àquelas inimputáveis.[657] Assim, compreendido o inadimplemento como *descumprimento contratual imputável*[658] (passível de qualificação, ainda, como circunstância de desequilíbrio imputável ao devedor), justifica-se que o inadimplemento seja tomado como categoria nuclear no âmbito da propugnada sistematização das vicissitudes supervenientes à formação do contrato, seja (i) no sentido de atrair para o regime do inadimplemento as perturbações imputáveis ao devedor, seja (ii) no sentido de afastar do regime do inadimplemento as perturbações não imputáveis a qualquer das partes.

No que diz respeito ao primeiro ponto destacado, vislumbram-se relevantes perspectivas de recondução, ao regime do inadimplemento contratual, de certas vicissitudes supervenientes que costumam ser analisadas como figuras jurídicas supostamente sem qualquer pertinência com o inadimplemento. Tal recondução haverá de repercutir na aproximação entre os efeitos jurídicos associados a cada figura, sem embargo da necessária deferência às peculiaridades de regime jurídico que o legislador tenha legitimamente dispensado a certa vicissitude superveniente imputável e não a outras.[659]

Pense-se, inicialmente nos vícios redibitórios. Encontra-se largamente difundido neste tema o entendimento tradicional que busca afastar a qualificação dos vícios redibitórios como

---

estrutural, para o qual bastava o descumprimento da prestação principal, e passa-se a entender o inadimplemento absoluto como o comportamento do devedor que impossibilita a execução da prestação ou a torna inútil para o credor. E o conceito de utilidade não é meramente subjetivo, mas também objetivo, extraído da concreta disciplina contratual por meio de parâmetros vários, dentre os quais se destacam o equilíbrio das posições contratuais e a boa-fé objetiva" (TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor, cit., p. 110).

[657] A ilustrar o reconhecimento do caráter assistemático da disciplina das vicissitudes supervenientes inimputáveis, afirma-se: "A ampla problemática do gênero 'impossibilidade superveniente não-imputável' vem regulada no Código de forma assistemática (...)" (MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao novo Código Civil. Volume V, Tomo II, cit., p. 285).

[658] Justamente por isso, reconhece-se que a *resolução por inadimplemento* atua diante da generalidade de *incumprimentos imputáveis* a um dos contratantes: "(...) se a causa da inexecução for imputável a um dos contratantes, dá-se a possibilidade de resolução por inadimplemento, entendida como o exercício de direito potestativo extintivo da parte prejudicada por inadimplemento da outra parte, com a dissolução da relação contratual" (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Contratos: Teoria Geral. In: TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Volume 3. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 153).

[659] Exatamente nesse sentido, veja-se a advertência que, conquanto formulada a propósito da disciplina dos vícios redibitórios, afigura-se passível de extensão às demais hipóteses de inadimplemento objeto de regulação específica: "Que o legislador tenha estabelecido regras especiais para esse caso, talvez razões de ordem histórica ajudem a explicar. (...) Contudo, mais que o peso da tradição, está-se diante de uma escolha de política legislativa, que buscou conferir, no âmbito geral do direito das obrigações, mecanismos especiais – e ágeis – de tutela para o credor lesado no âmbito de negócio dos mais comuns na dinâmica econômica cotidiana." (GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro*, cit., p. 43).

uma hipótese de inadimplemento contratual.[660] Tal esforço de distinção, contudo, assume feição eminentemente estruturalista e se pauta em fundamentos inidôneos a justificar a sua manutenção, tais como razões históricas,[661] a inadequada confusão com o erro relevante na disciplina dos vícios do consentimento,[662] ou mesmo a mera distinção de localização topográfica.[663]

Na contramão dessa análise, pode-se reconhecer que os vícios redibitórios, a rigor, traduzem uma entre tantas possíveis hipóteses fáticas de inadimplemento contratual.[664] A partir de tal percepção, a doutrina tem logrado destacar que o vício redibitório traduz, em perspectiva funcional, uma autêntica hipótese de inadimplemento contratual[665] (consistente na

---

[660] V., por todos, LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Volume III. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, p. 171; RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Volume 3. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 102-103; e MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. *Contratos no direito civil brasileiro*. Tomo I. 3. ed. Atual. José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 381. Cumpre ressaltar, todavia, que já se reconhece que tal linha de entendimento parece se vincular à tradicional distinção romana entre a ação redibitória e a ação de resolução: "Este fato, o fato de as duas ações – a ação redibitória e a ação de resolução – terem nascimento e origem histórica distintos, aliado à sua consagração paralela no mesmo ordenamento jurídico, dá azo a que possa pensar-se numa contraposição ou diferença de natureza entre elas, com a ação redibitória a ser vista como peculiar remédio *a se stante* e o regime edilício em geral a valer como *hortus conclusus* excludente do regime comum do não cumprimento" (SILVA, João Calvão da. *Compra e venda de coisas defeituosas*: conformidade e segurança. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 72).

[661] Assim relata GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro*, cit., p. 43 e ss.

[662] Por exemplo, afirma-se: "Há quem procure encontrar uma estreita ligação entre os vícios redibitórios e o consentimento dado por erro. Esta opinião é, ao nosso ver, a mais próxima da verdade; em um e outro caso o contrato não se realizaria se se conhecesse o vício da coisa, ou, o que é o mesmo, se não existisse erro sobre suas qualidades essenciais" (CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*. Tomo II, cit., p. 376-377). Segundo autor, poderiam ser assim resumidas as pontuais diferenças entre erro e vício redibitório: "Apesar disso, existem diferenças nos dois institutos. No erro a rescisão do contrato vai desfazê-lo desde seu início; na redibitória ele pode se desfazer por causa ulteriormente descoberta e pode deixar de se rescindir, se a parte preferir a ação *quanti minoris*" (Ibid., p. 377). Em boa hora, contudo, a doutrina contemporânea elucida a distinção conceitual e funcional entre as figuras em comento: "O vício redibitório é um defeito da coisa, não da vontade, embora parte da doutrina insista em enxergar certa semelhança com o erro. Não deve haver confusão: o erro assenta sobre um vício do consentimento, enquanto o vício redibitório é defeito do bem, que o inutiliza a contratos translativos e conta com disciplina própria no Código Civil (...)" (SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*, cit., p. 501).

[663] Tal distinção resultaria da diversidade de localização, no Código Civil de 2002, entre a rubrica "Dos Vícios Redibitórios" (Seção V do Capítulo I do Título V do Livro I da Parte Especial) e a rubrica "Do Inadimplemento das Obrigações (Título IV do Livro I da Parte Especial).

[664] Pertinente, a propósito, a lição de Clovis Bevilaqua: "A imperfeição da execução pode resultar de defeitos ou vícios da coisa (desde que sejam da natureza dos chamados *redhibitorios*), da prestação incompleta e da mora" (BEVILAQUA, Clovis. *Direito das obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1931, p. 150).

[665] "O ordenamento jurídico protege o interesse do credor em receber livre de vícios o bem pelo qual contraprestou, em conformidade com o equilíbrio do programa contratual, com a equação de prestações e contraprestações inicialmente arquitetada pelos contratantes – é dizer, útil, apto a servir ao uso a que se destina, e conforme o valor que se lhe atribuiu. Para assegurar esse interesse, criou-se 'para aquele que entrega a coisa o dever de garantir a outra parte contra a existência de vícios ocultos'. Cuida-se, assim, de uma mudança de perspectiva, que dá mais consistência à obrigação de entregar coisa certa: o alienante tem de entregar coisa útil" (GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro*, cit., p. 31). A autora arremata: "O descumprimento não se verifica propriamente pelo tão só fato do vício oculto no bem, mas pela não observância de uma conduta devida, de um comportamento-prestação consistente na entrega de coisa útil. A ausência, entre nós, de um dever expressamente imposto pelo legislador ao alienante não constitui razão suficiente que justifique uma tentativa de desvencilhar o regime dos vícios redibitórios da esfera do inadimplemento. Tomando-se por

violação do "interesse do credor em receber livre de vícios o bem pelo qual contraprestou, em conformidade com o equilíbrio do programa contratual"),[666] sem embargo da existência de requisitos próprios estabelecidos pelo legislador para essa específica hipótese de descumprimento imputável.[667] Ressalta-se, com isso, a íntima e indissociável correlação entre a disciplina legal dos vícios redibitórios e a proteção do equilíbrio contratual.[668]

Não por acaso, identifica-se a pretensão estimatória, deduzida por intermédio da ação *quanti minoris*[669] (nos termos do art. 442 do Código Civil) como um verdadeiro remédio posto à disposição do credor (o comprador) em resposta ao inadimplemento contratual por parte do devedor.[670] Do mesmo modo, a civilística já destaca a "aproximação conceitual e funcional" entre as noções de *redibição* e *resolução*,[671] novamente a evidenciar que as ações

---

referência a amplitude e a complexidade do conceito de obrigação no direito brasileiro, e do próprio conceito de inadimplemento, se o contratante entrega a coisa maculada por vício oculto que a inutiliza ou a desvaloriza – por outras palavras, em desconformidade com o convencionado, à luz do programa contratual, da boa-fé e dos usos do tráfico –, verifica-se situação de inadimplemento" (Ibid., p. 32).

[666] GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro*: função e estrutura. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Rio de Janeiro, 2013, p. 31.

[667] Valioso exemplo de aplicação do presente raciocínio se verifica no imperativo respeito aos prazos decadenciais próprios para o manejo das ações edilícias: "O legislador, atento à dinâmica dos negócios que envolvem a entrega de bens, e com a preocupação essencial de proteger o adquirente prejudicado pelo recebimento de coisa defeituosa, diversa da que legitimamente podia esperar, prescreveu hipótese particular de responsabilidade contratual pelo inadimplemento, fixando prazos breves para o exercício dos meios específicos de proteção. Se por um lado essa objetivação representa um notado agravamento das obrigações do devedor-alienante, por outro ela vem temperada pela fixação de prazos breves para o exercício dos remédios edilícios" (GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro*, cit., p. 50).

[668] "A proteção do equilíbrio das prestações, nos contratos comutativos, e da boa-fé dos contratantes em todos os negócios jurídicos impôs àquele que entrega determinado objeto a obrigação de responder pelos defeitos e vícios não só do direito transferido (responsabilidade pela evicção) como da própria coisa, quando não perceptíveis por quem recebeu o bem" (WALD, Arnoldo. *Direito civil*. Volume 2. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 321).

[669] Para uma análise do desenvolvimento histórico da pretensão estimatória e da respectiva ação *quanti minoris*, v., por todos, CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente no ponto de vista prático*. Volume XV. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, p. 368 e ss.

[670] "Modalidade especial de resolução é a redibição, aplicável a certos contratos onerosos, especialmente o de compra e venda; a dissolução do contrato por redibição tem como causa o cumprimento da obrigação de dar sem que a coisa tenha as qualidades que dela se espera (...). Em todas essas situações, por razões das mais diversas, a resolução se justifica em razão da incapacidade de o contrato atender ao programa negocial traçado pelas partes, frustrando seus interesses" (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Âmbito de incidência da cláusula resolutiva expressa: para além dos contratos bilaterais. *Revista de Direito Privado*, vol. 65, a. 17, p. 121-138, jan.-mar./2016, p. 125). Em sentido similar, v., ainda na doutrina brasileira, GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Atual. Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 206; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo XXXVIII. Atual. Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 250 e ss.; e MONTEIRO, Washington de Barros *et alii*. *Curso de direito civil*. Volume 5. 2ª parte. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 70; na doutrina italiana, GIORGIANNI, Michele. *L'inadempimento*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1975, p. 39; na doutrina espanhola, DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Tomo IV. Cizur Menor: Aranzadi, 2010, p. 135-137; e, na doutrina portuguesa, SILVA, João Calvão da. *Compra e venda de coisas defeituosas*, cit., p. 70-73; e MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações*. Parte especial: contratos (compra e venda, locação, empreitada). 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 133-135.

[671] "Embora alguns autores sustentem que a redibição não se confunde com a resolução contratual por inadimplemento, é possível verificar uma aproximação conceitual e funcional entre as figuras. (...) Os dois mecanismos aproximam-se de tal modo que se pode mesmo, como reconhecem alguns, tratar a redibição como forma, ao fim e ao cabo, de resolução do contrato – ou, dito de maneira mais técnica, da relação contratual"

edilícias consistem em autênticos remédios a uma específica hipótese de inadimplemento contratual.

Reconhece-se, assim, como já destacado também na experiência italiana, que a disciplina dispensada aos vícios redibitórios constitui "uma aplicação de princípios não excepcionais em tema de adimplemento inexato".[672] Com efeito, a disciplina relativa aos vícios redibitórios (tal como a relativa à evicção, comentada na sequência) encontra-se topograficamente distante das demais regras sobre inadimplemento fundamentalmente por razões de índole histórica.[673]

Trata-se de itinerário teórico similar ao desenvolvido pela doutrina em matéria de evicção. Reconhece-se, nesse sentido, que a evicção constitui uma hipótese de inadimplemento contratual,[674] igualmente sem embargo da existência de "regras específicas de inadimplemento aplicáveis a esse contrato",[675] que impõem o respeito aos requisitos próprios estabelecidos pelo legislador para essa específica hipótese de descumprimento imputável. Justifica-se, portanto, que a evicção, tal como os vícios redibitórios, seja levada em consideração no contexto do esforço geral de tratamento conjunto dos remédios ao

---

(GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro*, cit., p. 101-102). Na mesma linha de sentido, afirma-se, em comentário ao direito alemão, que "(...) a pretensão de redibição se dirige 'à resolução da compra e venda', ou seja, a eliminar suas consequências práticas e, portanto, à restituição do preço já pago contra devolução da coisa ou, se o preço ainda não houver sido pago, à supressão da obrigação de pagar o preço contra devolução da coisa" (ENNECCERUS, Ludwig. In: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil*. Tomo II: Derecho de Obligaciones. Volume II, cit., p. 61). Tradução livre do original: "(...) *la pretensión de redhibición se dirige 'a la resolución de la compraventa', o sea, a eliminar sus consequencias prácticas y, por tanto, a la restitutción del precio ya pagado contra devolución de la cosa o, si el precio no ha sido pagado todavía, a la supresión de la obligación de pagar el precio contra devolución de la cosa*".

672 GIORGIANNI, Michele. *L'inadempimento*, cit., p. 44. Tradução livre do original: "*(...) una applicazione di principi non eccezionali in tema di inadempimento inesatto*".

673 "Assim como em relação ao vício de direito, também quanto ao vício da coisa o CC brasileiro permaneceu na esteira do direito romano e do *ius commune*. Em vez de integrar os defeitos quanto à coisa no sistema geral dos distúrbios da relação jurídica (como o direito alemão com a *Schuldrechtsmodernisierung* de 2002), o legislador optou pelo regime dos vícios redibitórios (arts. 441 ss.)" (MEDINA, Francisco Sabadin. *Compra e venda de coisa incerta no direito civil brasileiro*: uma análise do dever do vendedor no Código Civil de 2002. Tomo II, cit., p. 353).

674 "E é curioso notar como, a respeito da evicção, os autores falam de maneira mais tranquila em inadimplemento contratual. De acordo com o Código Civil, apenas o dever de devolver o equivalente subsiste, mas a doutrina sustenta que também cabem perdas e danos, justamente pelo inadimplemento" (GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro*, cit., p. 57, nota de rodapé n. 154). Vale ressalvar, contudo, uma relevante peculiaridade em matéria de evicção: não parece inconcebível que a *fattispecie* da evicção seja compreendida como a manifestação de uma invalidade negocial decorrente da existência de vício na cadeia de alienação. Nesse caso, a rigor, o evicto poderia, alternativamente à disciplina da evicção, valer-se diretamente das prerrogativas que se lhe seriam ordinariamente asseguradas pela disciplina das invalidades negociais, notadamente no que diz respeito às formulações concernentes à temática da alienação *a non domino*. Caso, contudo, prefira não discutir os requisitos próprios exigidos pela disciplina das invalidades, o evicto pode, revelando implicitamente a sua opção por não perseguir a declaração judicial de nulidade, manejar diretamente os remédios assegurados para a tutela do seu interesse útil frustrado por essa circunstância fática de inadimplemento (em razão do não cumprimento da obrigação de transferência regular do domínio sobre a coisa).

675 MEDINA, Francisco Sabadin. *Compra e venda de coisa incerta no direito civil brasileiro*: uma análise do dever do vendedor no Código Civil de 2002. Tomo I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 179.

inadimplemento.[676] Trata-se de consequência direta da convergência funcional de tais figuras (vício redibitório, evicção e inadimplemento), uma vez que, qualificadas à luz do princípio do equilíbrio contratual, traduzem circunstâncias de desequilíbrio imputável ao devedor.[677]

A convergência em torno da noção de inadimplemento se verifica também na seara consumerista, nomeadamente em matéria de vícios do produto e do serviço, disciplinados pelos arts. 18 e ss. do Código de Defesa do Consumidor.[678] Como já destacado, a *responsabilidade por vício*, nos termos do diploma consumerista, disciplina autênticas hipóteses de inadimplemento contratual.[679] A propósito, afigura-se digna a de nota a circunstância de que o CDC, embora sem propriamente conceituar o *vício*, atribua ao consumidor uma série de prerrogativas (*rectius*: remédios) diante de vícios que comprometam o padrão de qualidade legitimamente esperado pelo consumidor – o que, na chave funcional ora adotada, consubstancia autêntico inadimplemento contratual.

Justamente por isso, o CDC associa a *responsabilidade do fornecedor por vício do produto* à configuração de vícios de qualidade ou vícios de quantidade, definindo os primeiros (vícios de qualidade) como os vícios que tornem os produtos "impróprios ou inadequados ao

---

[676] Assim sustenta GIORGIANNI, Michele. *L'inadempimento*, cit., p. 48 e ss.

[677] Afigura-se recomendável, portanto, que se evite a menção aos vícios redibitórios e à evicção como supostos exemplos de desequilíbrios *originários* (e.g., v. SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 122). A uma, porque o princípio do equilíbrio contratual (nos termos propugnados nesta tese) não guarda pertinência imediata com o plano originário da formação da avença (v. item 2.1, *supra*), razão pela qual restaria contraditória a alusão a um *desequilíbrio originário*. A duas, porque, ainda que (corretamente) abandonada a menção a *desequilíbrio*, nota-se que os vícios redibitórios e a evicção não traduzem vicissitudes originárias, como, aliás, tem elucidado a doutrina com particular destaque ao diferenciar o vício redibitório do erro, como visto acima. Poder-se-ia, então, afirmar em esforço de síntese: (i) se a fase do *iter* contratual objeto da análise é o plano da formação do negócio jurídico, pode-se estar diante de vícios (originários) relativos à formação do convencimento (caso do erro e do dolo, por exemplo); (ii) se a fase do *iter* contratual objeto da análise é o plano da execução do contrato, pode-se estar diante de vicissitudes (supervenientes) de desequilíbrio contratual, sejam elas imputáveis (caso dos vícios redibitórios, da evicção e do inadimplemento, de modo geral) ou inimputáveis (caso da impossibilidade fortuita e da onerosidade excessiva não imputável ao devedor, por exemplo).

[678] Para um cotejo entre a disciplina do Código de Defesa do Consumidor sobre os vícios dos produtos e dos serviços e a disciplina do Código Civil sobre os vícios redibitórios, v. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume II. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 65-66. Destaca-se, ao propósito, que "[a] disciplina dos vícios dos produtos é paralela à regulamentação dos vícios redibitórios" (BESSA, Leonardo Roscoe. InÇ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*, cit., p. 206).

[679] Assim elucida Bruno Miragem ao analisar a possibilidade de configuração de inadimplemento contratual com base no "(...) regime de vícios da prestação nos contratos de consumo, arts. 18 a 20 do CDC": "Todavia, o relevante a notar é que, no estágio atual do direito das obrigações, embora a culpa permaneça cumprindo papel relevante na definição do inadimplemento imputável, não é mais fator exclusivo a ser considerado. Tanto a própria noção de culpa se redefine como ausência do esforço concreto exigível do devedor na realização da prestação, como também é dispensável em muitas situações, em que a realização ou não da prestação devida, e seus efeitos, estão associados a outros critérios, como ocorre em certas obrigações de resultado (por exemplo, a decorrente do contrato de transporte). E, da mesma forma, em obrigações cuja realização ou não da prestação esteja associada a riscos do próprio negócio, ou resulte simplesmente da desconformidade ou ausência da prestação (por exemplo, a decorrente do regime de vícios da prestação nos contratos de consumo, arts. 18 a 20 do CDC)" (MIRAGEM, Bruno. *Direito civil*: direito das obrigações, cit., p. 484-485).

consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor", e os segundos (vícios de quantidade) como "aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza" (art. 18 do CDC).[680] O diploma consumerista ocupa-se igualmente de fornecer parâmetros para a identificação dos produtos que devem ser considerados "impróprios ao uso e consumo" (art. 18, § 6º),[681] bem como dos serviços "impróprios" (art. 20, § 2º).[682]

Como se nota, as categorias do *vício do produto* e *vício do serviço* traduzem autêntico descumprimento (imputável ao fornecedor) do programa contratual de interesses.[683] Justifica-se, portanto, que, em perspectiva funcional, também os vícios do produto e do serviço sejam levados em consideração no âmbito do propugnado esforço de sistematização das vicissitudes supervenientes imputáveis – e, acima de tudo, de sistematização geral dos remédios ao inadimplemento contratual.

Semelhante linha de raciocínio conduz, ainda, à identificação da convergência funcional entre o inadimplemento e a impossibilidade superveniente[684] culposa,[685] o que já

---

[680] Art. 18 do CDC: "Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. (...)".

[681] Art. 18, § 6º, do CDC: "(...) § 6º São impróprios ao uso e consumo: I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos; II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação; III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam".

[682] Art. 20, § 2º, do CDC: "(...) § 2° São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade".

[683] Semelhante raciocínio parece subjazer à afirmação de que os vícios por inadequação se verificam "(...) quando o produto ou serviço defeituoso, por não corresponder à expectativa do consumidor, viola o sinalagma (...)" (KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição, cit., p. 228).

[684] O predicado *superveniente* é relevante para que se aparte a hipótese em comento (pertinente ao estudo das vicissitudes supervenientes) da impossibilidade originária (pertinente ao estudo das invalidades negociais, diante da previsão de nulidade do negócio jurídico quando "for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto", cfe. art. 166, II, do Código Civil): "A inexecução decorrente do acaso caracteriza-se pela impossibilidade da prestação, determinada por evento estranho e superior à vontade do devedor. Deve tratar-se, obviamente, de impossibilidade superveniente, visto como, se for originária, a relação obrigacional será nula" (GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16. ed. Atual. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 172).

[685] A existência ou a inexistência de vinculação ou entre a culpa do devedor e a configuração da impossibilidade constituem ponto fundamental para a investigação do complexo fenômeno da impossibilidade no direito das obrigações, conforme já advertira Friedrich Mommsen no início da sua seminal obra sobre o tema: "*Tritt die Unmöglichkeit der Leistung später ein (nachfolgende Unmöglichkeit), so ist zu unterscheiden, ob dieselbe durch ein dem Verpflichteten zuzurechnendes Verschulden herbeigeführt ist oder nicht*" (MOMMSEN, Friedrich. *Beiträge zum Obligationenrecht*. *Erste Abteilung: die Unmöhlichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse*. Braunschweig: Schetschke, 1853, p. 1). Em tradução livre: "Se a impossibilidade de cumprimento ocorrer posteriormente (impossibilidade superveniente), deve-se distinguir se é ou não causada por uma culpa imputável ao devedor".

tem sido destacado pela doutrina, por exemplo, tanto a respeito das obrigações de fazer[686] quanto a respeito das obrigações de dar e de restituir coisa certa.[687] Essa íntima correlação entre as noções referidas é evidenciada pela própria circunstância de a doutrina ser praticamente uníssona, conforme destacado acima, ao aludir à *impossibilidade* como o marco mais evidente da distinção entre inadimplemento absoluto e mora, à luz do critério do interesse útil do credor.[688] Assim, caso a impossibilidade de realização da prestação (ou, mais precisamente, a impossibilidade de satisfação do resultado útil legitimamente associado à promoção do programa contratual de interesses) seja imputável a um dos contratantes, deflagrar-se-á o efeito da responsabilidade pelo inadimplemento contratual.[689]

Desse modo, seja pela equivalência conceitual (evidenciada pela delimitação das

---

[686] Nesse sentido, afirma-se, no âmbito da análise sobre a impossibilidade superveniente culposa de obrigações de não fazer: "Se a impossibilidade deriva, contudo, de culpa do devedor, responde ele por perdas e danos. A situação – como também ocorre nas obrigações de dar e de fazer – equipara-se ao inadimplemento. Assim, se o devedor que havia se comprometido a não revelar o conteúdo de determinado projeto industrial o mantém descuidadamente ao alcance de olhos bisbilhoteiros, disto resultando a divulgação do trabalho, a obrigação de não fazer se impossibilita por negligência do devedor. Pela impossibilidade culposa, responde o devedor por perdas e danos, a exemplo do que o legislador deixa expresso com relação às obrigações de fazer" (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil*. Volume 2: obrigações, cit., p. 86). Afasta-se do presente raciocínio a impossibilidade *originária*, estudada no âmbito das invalidades negociais: "Pode ocorrer, desse modo, de no momento definido para realização da prestação se caracterize a impossibilidade de que seja cumprida. Trata-se esta hipótese, para efeito de caracterizar-se o inadimplemento, de impossibilidade superveniente, ou seja, cujo fato que torna impossível o cumprimento surge após a constituição da obrigação. Isso porque se a impossibilidade é contemporânea à constituição da obrigação, não se cogitará de inadimplemento, mas de defeito que a impede de se formar validamente, como é o caso da nulidade do negócio jurídico por impossibilidade do objeto (art. 166, II, do Código Civil)" (MIRAGEM, Bruno. *Direito civil*: direito das obrigações, cit., p. 493).

[687] "A perda da coisa, no entanto, é apenas uma das situações – prevista expressamente pelo legislador – que conduz à impossibilidade da prestação e, consequentemente, ao inadimplemento absoluto (...)" (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução, cit., p. 56).

[688] "Na impossibilidade superveniente, absoluta ou relativa, por culpa do devedor, cabe ao credor ou manter o contrato, requerendo o equivalente e mais indenização por perdas e danos, ou resolvê-lo, mediante o exercício do seu direito formativo (art. 475 do Código Civil), igualmente com direito à indenização. (...) O incumprimento, requisito da resolução, é apenas o 'incumprimento definitivo', originário de impossibilidade superveniente, total, absoluta ou relativa, imputável ao devedor, ou resultante da perda do interesse do credor em receber uma prestação ainda possível, mas que não foi efetuada ou foi malfeita por impossibilidade parcial ou temporária, por cumprimento imperfeito ou pela forma" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 95-96). Ainda ilustrar o ponto, permita-se rememorar a lição de Giovanni Ettore Nanni: "Dá-se o inadimplemento absoluto quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá sê-lo, como no caso de perecimento do objeto, por culpa do devedor. Mais precisamente: quando não mais subsiste para o credor a possibilidade de receber. Haverá mora no caso em que a obrigação não tenha sido cumprida no lugar, no tempo, ou na forma convencionados, subsistindo, em todo o caso, a possibilidade de cumprimento. Logo, o inadimplemento absoluto é a impossibilidade de receber e a mora é a persistência dessa possibilidade" (NANNI, Giovanni Ettore. Art. 389 [verbete], cit., p. 613).

[689] "A impossibilidade de realização da prestação devida pode ser imputável ou não ao devedor. Quando for imputável, deflagra o efeito de sua responsabilidade pelo inadimplemento. Responde o devedor nos termos do art. 389 do Código Civil. Todavia, não sendo a impossibilidade imputável ao devedor, não há responsabilidade, sendo consequência natural a resolução, como modo de extinção da obrigação (a impossibilidade 'sem culpa do devedor', dos arts. 234, 248 e 250)" (MIRAGEM, Bruno. *Direito civil*: direito das obrigações, cit., p. 490). Nesse sentido se posta o art. 801, n. 1, do Código Civil português, que assim dispõe: "1. Tornando-se impossível a prestação por causa imputável ao devedor, é este responsável como se faltasse culposamente ao cumprimento da obrigação".

fronteiras de cada espécie de inadimplemento a partir da noção de impossibilidade), seja pela inequívoca identidade de efeitos, conclui-se não haver razões que justifiquem o tratamento da impossibilidade superveniente culposa em apartado do inadimplemento contratual.[690] À luz do quanto exposto, cumpre reconhecer que a chamada impossibilidade superveniente culposa traduz, em perspectiva funcional, uma autêntica hipótese de inadimplemento contratual,[691] a corresponder ao inadimplemento absoluto ou à mora conforme se esteja diante de frustração definitiva ou não do programa contratual de interesses.[692]

Analisadas algumas perspectivas de equiparação, em torno do inadimplemento contratual, das vicissitudes supervenientes imputáveis, convém explicitar o indissociável reverso da moeda: devem ser afastadas do regime geral do inadimplemento as vicissitudes supervenientes que, conquanto impactem o equilíbrio contratual (e auxiliem a própria compreensão do escopo do princípio do equilíbrio contratual no direito brasileiro, como visto no item 2.1, *supra*), não sejam imputáveis a qualquer dos contratantes. Esse é o caso, por exemplo, da onerosidade excessiva e da impossibilidade superveniente inimputável.

Tal afastamento decorre da já mencionada centralidade da noção de *imputabilidade* para a configuração do inadimplemento contratual – e, por via de consequência, da delimitação do respectivo regime jurídico. Afinal, não haveria razão a justificar o tratamento conjunto de vicissitudes que divergem precisamente no ponto nuclear da configuração do inadimplemento (e das correlatas vicissitudes), qual seja: a imputabilidade, ao devedor, da responsabilidade pelo desequilíbrio contratual. Em suma, a convergência funcional quanto à qualificação como circunstância de desequilíbrio não justifica a extensão, às vicissitudes inimputáveis, dos efeitos próprios do regime do inadimplemento contratual (a destacar, por exemplo, a incidência da cláusula penal e a oponibilidade da exceção de contrato não

[690] Não se adere, assim, à construção doutrinária empenhada na distinção rígida entre impossibilidade superveniente imputável e inadimplemento: "(...) a distinção entre impossibilidade e incumprimento parece-nos relevante, não só do ponto de vista científico, mas pragmaticamente, para que percebamos a variada gama de espécies que conduzem (ou não) ao inadimplemento" (MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao novo Código Civil. Volume V, Tomo II, cit., p. 139).

[691] Não surpreende, portanto, que a doutrina atentamente aluda ao "descumprimento contratual culposo, associado à impossibilidade da prestação ou à perda do interesse útil do credor" (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Contratos: Teoria Geral. In: TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Volume 3. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 154).

[692] A elucidar o ponto, veja-se a conclusão de Bruno Miragem ao tratar da impossibilidade temporária, em lição extensível à temática das impossibilidades em geral: "A impossibilidade temporária, de sua vez, pode ser imputável ou não às partes. A impossibilidade temporária que seja imputável ao devedor, como geralmente ocorre, ou mesmo ao credor, caracteriza a mora, ou inadimplemento relativo. Todavia, pode ocorrer de a impossibilidade temporária, que atrasa a satisfação da prestação devida, não ser imputável às partes. Em especial, porque lhe tenha dado causa um fato estranho aos sujeitos da relação obrigacional, cujo risco não foi por eles expressamente assumido" (MIRAGEM, Bruno. *Direito civil*: direito das obrigações, cit., p. 495-496). O autor arremata: "Os efeitos da impossibilidade temporária imputável serão os da mora. Já os da impossibilidade temporária não imputável, quando impliquem prejuízo do interesse do credor, fazem nascer para ele o direito de resolução" (Ibid., p. 496).

cumprido), por se tratar de efeitos vinculados a vicissitudes caracterizadas pelo traço distintivo da imputabilidade.

Tais advertências se impõem também para a própria compreensão das diversas figuras que, como visto acima, convergem funcionalmente em torno da categoria do inadimplemento contratual. Se, por um lado, é verdade que figuras como vícios redibitórios e vício do produto podem ser funcionalmente consideradas autênticas hipóteses de inadimplemento contratual e, nessa medida, justificar a extensão de certos remédios inspirados em idêntica razão (qual seja, a tutela do direito de crédito do contratante inocente diante do inadimplemento), por outro lado é igualmente verdade que o regime jurídico atribuído a tais figuras é composto por escolhas legislativas que não necessariamente poderão ser importadas, com base no raciocínio analógico, para outras hipóteses de inadimplemento contratual.

Pense-se, de início, nos fatores de imputação: as escolhas legislativas acerca dos fatores de imputação relevantes para a deflagração da responsabilidade pelo inadimplemento em cada hipótese fática de inadimplemento é presumivelmente legítima e deve, portanto, ser respeitada. Assim, a se tomar o exemplo do fornecimento de um serviço com vícios de qualidade, não se pode exigir do consumidor a comprovação da culpa do fornecedor da mesma forma que se exigiria no âmbito da disciplina geral do inadimplemento, ao argumento da convergência funcional entre o inadimplemento "tradicional" e a hipótese de vício do serviço regulada pelos arts. 20 e ss. do CDC.

Similar cautela se justifica, ademais, a respeito de outros aspectos atinentes ao regime jurídico de cada hipótese de inadimplemento que tenham sido objeto de normatização expressa pelo legislador. Assim, por exemplo, não se podem importar para a disciplina da responsabilidade por vício do produto e do serviço (arts. 18 e ss. do CDC) os prazos decadenciais próprios da disciplina dos vícios redibitórios (art. 445 do Código Civil), uma vez que o legislador estabeleceu, de modo presumivelmente legítimo, normativa própria para os prazos decadenciais no âmbito da disciplina do vício do produto e do serviço (art. 26 do CDC).

Como se nota, o princípio do equilíbrio contratual atua como relevante cânone valorativo não apenas para a compreensão da fenomenologia do inadimplemento contratual, mas também para o benfazejo esforço de sistematização das vicissitudes supervenientes, com base na distinção fundamental entre vicissitudes supervenientes imputáveis e inimputáveis. Nesse contexto, o revisitado conceito de inadimplemento contratual, como não é difícil constatar, poderia gerar dúvidas não apenas quanto aos requisitos de configuração de cada *fattispecie* de desequilíbrio, mas também quanto aos remédios aplicáveis a cada uma delas,

motivo pelo qual se impõe um breve excurso para tratar da noção de remédios e da sua suposta taxatividade no direito brasileiro.

De fato, a compreensão do princípio do equilíbrio contratual nos termos ora propugnados justifica que se investiguem os seus possíveis contributos para a revisitação das hipóteses de incidência (tradicionalmente compreendidas em contornos taxativos) dos próprios remédios ao inadimplemento contratual, o que pressupõe a definição preliminar da flexibilidade dos instrumentos de tutela ofertados pelo ordenamento para a tutela das situações jurídicas subjetivas. A revisitação do espectro de abrangência dos remédios ao inadimplemento (e da generalidade dos remédios, em realidade) não prescinde da confirmação da viabilidade de assunção de premissa metodológica que propicie o reconhecimento da flexibilidade do sistema remedial, em geral, e do sistema de remédios ao inadimplemento, em particular. Eis o escopo do item subsequente.

2.3. Horizontes para uma perspectiva remedial no direito contratual: tutela das situações jurídicas subjetivas em perspectiva civil-constitucional

O ulterior desenvolvimento da investigação sobre os influxos do princípio do equilíbrio sobre o sistema de remédios ao inadimplemento contratual pressupõe o estabelecimento de premissas atinentes à operatividade dos chamados *remédios*[693] no direito privado, em geral.[694] Tal empreitada se insere no âmbito da investigação (bastante tradicional no direito civil)[695] acerca dos meios de concretização da tutela assegurada pela ordem jurídica para a proteção dos direitos.[696] Subjaz a um estudo dessa natureza, portanto, a percepção – a

[693] Vale destacar, desde logo, a sintética e pertinente definição segundo a qual "[r]emédios são os meios pelos quais direitos são efetivados" (ROSENVALD, Nelson. As fronteiras entre a restituição do lucro ilícito e o enriquecimento por intromissão. *Revista de Direito da Responsabilidade*, a. 1, p. 45-84, 2019, p. 60).

[694] As reflexões a seguir expostas foram objeto de desenvolvimento preliminar em SILVA, Rodrigo da Guia. Remédios no direito privado: tutela das situações jurídicas subjetivas em perspectiva civil-constitucional. *Revista de Direito Privado*, vol. 98, p. 255-303, mar.-abr./2019, *passim*.

[695] A ilustrar que a preocupação com os remédios (na acepção de mecanismos de tutela dos direitos) não é inédita nem propriamente recente, veja-se a menção expressa à categoria *remédios* por Daniel Nettelbladt no âmbito da sua sistematização dos "remédios para perseguir direito próprio" – "*remediis perseqvendi ivs nostrum*", no original (NETTELBLADT, Daniel. *Systema elementare vniversae ivrisprudentiae natvralis*. *Editio Tertia*. Halae Magdebuvrgicae: Officina Libraria Rengeriana, 1767, p. 145 e ss.).

[696] Advirta-se, desde logo, sobre a polissemia da expressão "tutela dos direitos": "*L'espressione 'tutela dei diritti' è polisensa giacché può indicare molte cose. Genericamente, l'idea della tutela richiama quella della protezione del diritto e proteggere un diritto può voler dire garantirne o assicurarne la realizzazione, a fronte della violazione di esso, attraverso strumenti adeguati*" (MAJO, Adolfo Di. La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processuale. *Rivista Critica del Diritto Privato*, a. VII, n. 3, p. 363-392, set./1989, p. 363). Em tradução livre: "A expressão 'tutela dos direitos' é polissêmica, já que pode indicar muitas coisas. Genericamente, a ideia da tutela remete àquela da proteção do direito e proteger um direito pode querer dizer garanti-lo ou assegurar-lhe a realização, diante da sua violação, através de instrumentos adequados". Afirma-se,

ser mais detidamente explorada na sequência – de que tão importante quanto a enunciação das situações jurídicas subjetivas integrantes de cada centro de interesses é a identificação de mecanismos adequados e efetivos para a sua implementação.[697]

Para o prosseguimento da presente investigação, portanto, impende elucidar alguns aspectos do percurso hermenêutico que deve acompanhar o controle valorativo dos atos de autonomia privada, sendo certo que a decisão do intérprete sobre o merecimento de tutela do exercício de uma certa situação jurídica subjetiva não se perfaz verdadeiramente sem a indicação da exata medida ou conformação da tutela enunciada.[698] Em outros termos, não basta ao intérprete questionar "O exercício da situação jurídica em análise é merecedor de tutela?" sem que, ato contínuo, pergunte "Qual é a exata medida da tutela merecida pelo exercício da situação jurídica em exame?". Trata-se, em síntese essencial, de sublinhar que a decisão sobre o merecimento de tutela não se completa de sentido sem a delimitação da medida da tutela a que se faz jus no caso concreto. O estudo dos remédios situa-se precisamente no âmbito dessa ordem de preocupação.

A preocupação com a disponibilização de meios de tutela dos direitos parece se refletir na tradicional formulação segundo a qual a ordem jurídica atribuiria ao titular do direito diversas medidas destinadas à sua conservação ou defesa. A classificação dessas medidas variará de acordo o critério de análise: quanto ao conteúdo, serão preventivas ou repressivas, conforme visem, respectivamente, a evitar ou a reprimir uma lesão; quanto à forma de realização, serão judiciais ou extrajudiciais, conforme dependam ou não, respectivamente, da intervenção judicial.[699]

Maior atenção costuma ser dedicada, por outro lado, às hipóteses de lesão (atual ou iminente) às situações jurídicas subjetivas, o que usualmente se busca justificar pela constatação da frequente inaptidão, por parte da ordem jurídica, de evitar que tais violações

---

ainda: "Vale lembrar que se entende por tutela de direitos a defesa do direito frente a sua violação ou ameaça de violação. Quando o exercício e/ou a satisfação do direito sejam de qualquer modo contrastados, no plano dos fatos ou do direito, seu titular deve dispor de meios que possibilitem reagir a essa violação" (PITERMAN, Marcel. Direito e processo: tutela dos direitos e tutela jurisdicional na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica*, n. 472, p. 27-58, fev./2017, p. 44). O autor arremata: "O discurso acerca da tutela dos direitos implica necessariamente a reflexão sobre os meios de tutela que o ordenamento prevê na hipótese de violação do direito" (Ibid., p. 44).

[697] A propósito, v. PERLINGIERI, Pietro. Il "giusto rimedio" nel diritto civile. *Il Giusto Processo Civile*, n. 1, p. 1-23, 2011, *passim*.

[698] Para um desenvolvimento sobre o juízo de merecimento de tutela, remete-se a PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 649-650; PERLINGIERI, Pietro. Il principio di legalità nel diritto civile. *Rassegna di Diritto Civile*, a. 31, n. 1, p. 164-201, 2010, p. 187 e ss.; PERLINGIERI, Pietro. "Controllo" e "conformazione" degli atti di autonomia negoziale. *Rassegna di Diritto Civile*, n. 1, p. 204-228, 2017, p. 213-216; e SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela, cit., *passim*.

[699] Nesse sentido, v. AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 247.

ocorram na realidade social.[700] De tal constatação não se deve depreender, todavia, uma escusa para que o intérprete se abstenha de dedicar atenção também ao aspecto fisiológico das situações jurídicas subjetivas, nele compreendidas as diversas manifestações do exercício da situação jurídica que passam pelo crivo do merecimento de tutela sem a instauração necessária de conflito algum.[701] Por maior ordem de razão, a doutrina processualista contemporânea já pugna pelo reconhecimento de que a tutela dos direitos, ainda que em situação litigiosa, não depende necessariamente da instauração de um processo jurisdicional, em razão do reconhecimento de que "há formas de tutela dos direitos previstas no direito material, e portanto as formas de tutela não dependem da jurisdição ou do processo judicial".[702]

Em suma, reduzir a análise do direito ao aspecto patológico (sobretudo, ao seu desembocar em um litígio judicial ou arbitral) findaria, em realidade, por diminuir a importância da tutela prometida e assegurada pela ordem jurídica.[703] Trazidas tais considerações ao objeto da presente reflexão, há de se reconhecer que a investigação dos remédios para violações a situações jurídicas subjetivas (em particular, para os objetivos do presente estudo, aquelas oriundas de relações contratuais) assume relevância central não apenas oferecer uma resposta às diversas possíveis hipóteses de perturbação, mas igualmente para se assegurar a efetividade do juízo positivo que o ordenamento faça recair sobre certo exercício de posições contratuais. Em outras palavras, da indissociabilidade entre o *exercício* e a *tutela* dos direitos decorre a imprescindibilidade do estudo dos remédios tanto para as manifestações fisiológicas quanto para as manifestações patológicas das situações jurídicas subjetivas.

---

[700] "Se todos os homens cumprissem espontaneamente seus deveres jurídicos, seria inútil a sanção que as normas de Direito contêm. Mas, se é certo que a maioria observa, 'por virtude, por disciplina, por hábito ou por temor', as regras jurídicas, não é pequeno o número de desobedientes. Para obrigá-los a comportamento conforme ao Direito, são proporcionados aos titulares de direitos os meios necessários para defendê-los. (...) A autodefesa e o direito de invocar a proteção jurídica do Estado são as duas modalidades principais de proteção. Outra modalidade de proteção é o nascimento automático de uma nova situação jurídica para eliminar a violação ou o perigo de lesão do direito" (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 21. ed. Atual. Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 393).

[701] A propósito, v. BUSNELLI, Francesco Donato. *La lesione del credito da parte di terzi*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 23; e PERLINGIERI, Pietro. Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto". *Rivista di Diritto Privato*, a. XV, n. 4, p. 7-28, out.-dez./2010, p. 27-28.

[702] CABRAL, Antonio. Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual. *Civil Procedure Review*, vol. 12, n. 2, p. 69-102, maio-ago./2021, p. 89. O autor associa tal percepção ao reconhecimento da existência de autêntica *tutela de direitos* por meio dos mecanismos de *autotutela* (Ibid., p. 89 e ss.), bem como à disseminação de mecanismos extrajudiciais de resolução de disputas, afirmando que "o sistema jurídico empresta ênfase a processos privados de resolução de disputas (autocompositivos ou heterocompositivos)" (Ibid., p. 95). E arremata: "Assim, não cabe mais confundir tutela dos direitos com tutela jurisdicional dos direitos. O ordenamento jurídico se concretiza com aplicação das normas dentro ou fora do Judiciário" (Ibid., p. 91-92).

[703] Ao propósito, v. PERLINGIERI, Pietro. Il "giusto rimedio" nel diritto civile, cit., p. 6-7.

Essa necessária contextualização do estudo dos remédios permite que se proceda, então, a uma breve investigação acerca da (im)precisão conceitual na matéria. A doutrina usualmente converge, se não a propósito da definição precisa da expressão, ao menos no que tange à advertência sobre a polissemia do vocábulo *remédio*. Aponta-se, inicialmente, que a etimologia da palavra (*remedium*, do latim)[704] remete à noção de cura ou reparo.[705] Trata-se de noção amplamente difundida, não sem alguma relevante coincidência com a acepção médica e talvez mais coloquial da expressão.[706]

A tendência polissêmica é identificada também no âmbito da doutrina do *Common Law*,[707] à qual se costuma atribuir relativo pioneirismo – em comparação com a doutrina do *Civil Law* – no próprio estudo técnico dos remédios.[708] Não causa espanto, assim, a

[704] Nesse sentido, v. CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010, p. 555; e SILVA, Amós Coelho da; MONTAGNER, Airto Ceolin. *Dicionário latino-português*. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 407.

[705] Assim também destaca a doutrina italiana: "*L'etimologia della parola rimedio, dal latino* remedium, *rimanda a cura o medicina ovvero, in senso figurato, ad aiuto o riparo (...)*" (MAZZAMUTO, Salvatore; PLAIA, Armando. *I rimedi nel diritto privato europeo*. Torino: G. Giappichelli, 2012, p. 13). Em tradução livre: "A etimologia da palavra remédio, do latim *remedium*, remete a cura ou medicamento ou, em sentido figurado, a ajuda ou reparo".

[706] Colhem-se da lexicografia nacional as seguintes definições de *remédio*: "1. Aquilo que combate mal, dor ou doença. 2. Aquilo que serve para curar ou aliviar dor ou enfermidade. 3. Recurso, expediente, solução. 4. Ajuda, auxílio, socorro, proteção. 5. Correção, retificação, emenda" (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 4. ed. Atual. Margarida dos Anjos, Marina Baird Ferreira *et alii*. Curitiba: Positivo, 2009, p. 1.730). Digna de nota, ainda, a indicação da definição "jurídica" do vocábulo, mais consentânea com a proposição do presente estudo: "6. Meio adequado e lícito para se alcançar determinando fim de direito" (Ibid., p. 1.730).

[707] Destaca-se, por exemplo, a polissemia da expressão "remédio" na doutrina americana: "*Del resto, la confusione linguistica e concettuale della nozione è denunciata anche dalla letteratura americana, la quale rileva polemicamente l'utilizzo poliedrico dell'espressione 'rimedio', che induce a disperdere ogni specificità. (...) L'eterogeneità delle esigenze di protezione, specie se a carattere esistenziale, ha indotto la dottrina a elaborare una categoria di misure protettive tanto ampia da risultare in concreto di scarsa utilità*" (PERLINGIERI, Pietro. Il "giusto rimedio" nel diritto civile, cit., p. 7-8). Em tradução livre: "De resto, a confusão linguística e conceitual da noção é denunciada também pela literatura americana, a qual ressalta polemicamente a utilização poliédrica da expressão 'remédio', que induz a desperdiçar cada especificidade. (...) A heterogeneidade das exigências de proteção, especialmente se a caráter existencial, induziu a doutrina a elaborar uma categoria de medidas protetivas tão ampla a resultar em concreto de escassa utilidade". Para uma análise da referida polissemia nos sistemas do *Common Law*, v., ainda, BIRKS, Peter. Three Kinds of Objection to Discretionary Remedialism. *Western Australian Law Review 1*, vol. 29, p. 1-17, 2000, p. 3-6; FRIEDMAN, Barry. When Rights Encounter Reality: Enforcing Federal Remedies. *Southern California Law Review*, vol. 65, p. 735-780, 1992, p. 741 e ss.; e LAYCOCK, Douglas. *How Remedies Became a Field: A History*. *The Review of Litigation*, vol. 27, n. 2, p. 161-267, 2008, *passim*.

[708] "*(...) nella tradizione del* common law *inglese l'accezione è già tecnico-giuridica e – come si è già ricordato in precedenza – la situazione di bisogno o di crisi cui porre, per l'appunto, riparo è individuata nel torto (*cure for wrongs*). Il rimedio è, dunque, lo strumento per riparare la violazione di un precetto e, quindi, si differenzia sia dalla norma attributiva di un diritto sia dalla sanzione*" (MAZZAMUTO, Salvatore; PLAIA, Armando. *I rimedi nel diritto privato europeo*, cit., p. 13-14). Em tradução livre: "(...) na tradição do *common law* inglês a acepção é já técnico-jurídica e – como já se recordou precedentemente – a situação de necessidade ou de crise à qual se põe, precisamente, reparo é individualizada no *torto* (*cure for wrongs*). O remédio é, portanto, o instrumento para reparar a violação de um preceito e, então, se diferencia seja da norma atributiva de um direito seja da sanção". Ao propósito, v., ainda, SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 245.

consagração do recurso às expressões "*remedies for wrongs*" ou "*cure for wrongs*"[709] para se fazer menção, entre outros aspectos, à problemática a que a tradição romano-germânica se dedica sob o rótulo da responsabilidade civil.[710] Sem se ignorar a divergência referente à própria noção de "*remedies for wrongs*",[711] o que se pretende aqui destacar é que o longo período de desenvolvimento da matéria na tradição anglo-saxã não teve o condão de afastá-la da polissemia que a doutrina do *Civil Law* tem nela igualmente identificado.[712]

Tais considerações justificam que se passe brevemente em revista a distinção entre as denominadas "linguagem dos direitos" e "linguagem dos remédios", como supostos traços distintivos entre o *Civil Law* e o *Common Law* no que tange aos aspectos da tutela das situações jurídicas subjetivas nos respectivos sistemas. Partindo-se da premissa acerca da ausência de propósito comparatista, poder-se-ia questionar-se, com razão, a que escopo serviria a (breve) apresentação de aspectos da tutela dos direitos no âmbito de duas distintas famílias[713] de sistemas jurídicos. A resposta haverá de estar não propriamente no realce das

---

[709] Ao propósito, v., por todos, MAJO, Adolfo di. *Le tutele contrattuali*. Torino: G. Giappichelli, 2009, p. 3; e MAZZAMUTO, Salvatore; PLAIA, Armando. *I rimedi nel diritto privato europeo*, cit., p. 1.

[710] Pertinente, a propósito, a lição de Dário Moura Vicente sobre o desenvolvimento histórico da noção de *tort* no direito inglês: "Os *writs* delimitaram assim historicamente os tipos de ilícitos determinantes da obrigação de indenizar: os *torts*. Por *tort* entende-se um 'ilícito civil distinto da violação de um contrato' ('*a civil wrong, other than a breach of contract*'). Os *torts* só em parte correspondem, no entanto, aos delitos dos Direitos continentais, pois compreendem também certas situações, como o *tort of trespass to land*, que podem não dar lugar à obrigação de indenizar, mas antes fundamentar outro tipo de pretensões, como a manutenção ou a restituição da posse através de *injunctions* (correspondentes aos meios possessórios dos Direitos alemão e português)" (VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado*. Volume II. Coimbra: Almedina, 2017, p. 399). Para uma análise da noção de *tort* nos sistemas do *Common Law*, v., ainda, MAJO, Adolfo di. *Le tutele contrattuali*, cit., p. 51; e HARRIS, Donald; CAMPBELL, David; HALSON, Roger. *Remedies in Contract & Tort*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 289 e ss.

[711] A destacar que a usual conceituação de "*remedy*" como "*cure for wrongs*" não desfruta de aceitação pacífica, afirma-se: "*Se il rimedio come '*cure for wrongs*' lascia perplessi gli interpreti, anche le altre definizioni non soddisfano. Considerato sinonimo, di volta in volta, di azionabilità in giudizio, di diritto nascente da un illecito (o comunque da altre forme di ingiustizia), di provvedimento giudiziale (in generale o solamente di tipo discrezionale), ovvero come 'qualsiasi cosa una corte può fare per chi ha subito un torto o sta per subirlo' ('*Anything a court can do for a litigant who has been wronged or is about to be wronged*'), la pluralità di significati del termine '*remedy*' si riflette nella vaghezza delle definizioni*" (SMORTO, Guido. Il linguaggio dei diritti e il linguaggio dei rimedi, cit., p. 197). Em tradução livre: "Se o remédio como '*cure for wrongs*' deixa perplexos os intérpretes, também as outras definições não satisfazem. Considerado sinônimo, volta e meia, de acionabilidade em juízo, de direito nascido de um ilícito (ou, de qualquer modo, de outras formas de injustiça), de provimento judicial (em geral ou somente de tipo discricionário), ou mesmo como 'qualquer coisa que uma corte pode fazer por quem sofreu um *torto* ou está por sofrê-lo' ('*Anything a court can do for a litigant who has been wronged or is about to be wronged*'), a pluralidade de significados do termo '*remedy*' se reflete na vagueza das definições".

[712] V., ao propósito, MESSINETTI, Davide. La sistematica rimediale. In: MAZZAMUTO, Salvatore (Coord.). *Le tutele contrattuali e il diritto europeo*: scritti per Adolfo di Majo. Napoli: Jovene, 2012, p. 103-105.

[713] Acerca da noção de *família* de sistemas jurídicos, afirma-se: "É há muito reconhecido que os sistemas jurídicos não se encontram todos no mesmo plano, antes existe um certo número deles que operam como 'centros de irradiação', a partir dos quais os restantes se foram autonomizando, constituindo com eles como que uma família. É neste símile que radica a tendência, que logrou afirmar-se na literatura de Direito Comparado sobretudo a partir dos meados do século pretérito, para recorrer ao conceito de família jurídica a fim de designar um conjunto de sistemas jurídicos que possuem afinidades entre si quanto a certos aspectos fundamentais" (VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado*. Volume I, cit., p. 55-56). Ao propósito, v., ainda, SACCO,

similitudes e distinções entre sistemas de diferentes tradições – tampouco na identificação dos fatores relevantes para se afirmar uma convergência ou divergência –,[714] mas, sobretudo, na delimitação de reflexões que permitam revisitar, em perspectiva crítica, os próprios caracteres que usualmente se associam à tutela dos direitos na família jurídica do *Civil Law* e, por via de consequência, também no sistema jurídico brasileiro.[715] O estabelecimento dessas considerações introdutórias permite, então, que se analisem alguns aspectos usualmente associados aos sistemas do *Civil Law* e àqueles do *Common Law* no que tange à tutela dos direitos.

Afirma-se que os sistemas jurídicos da família romano-germânica tradicionalmente dedicam grande atenção à enunciação e à atribuição dos direitos, com particular destaque para a categoria do direito subjetivo.[716] A enunciação de tal característica parece estar diretamente relacionada, ao menos, a dois pontos comuns dos sistemas jurídicos em exame (conforme os ensinamentos mais tradicionais, naturalmente passíveis de críticas, como aquelas a serem expostas na sequência do raciocínio): de um lado, a competência exclusiva (ou, ao menos, prioritária) do Poder Legislativo para a inovação na ordem jurídica, reservando-se tanto ao Poder Executivo quanto ao Poder Judiciário funções cujo traço comum seria a execução das leis, mas não a sua criação ou alteração;[717] de outro lado, a proeminência da lei como fonte do

---

Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*, cit., p. 227 e ss.; ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao direito comparado*, cit., p. 38 e ss.; GALLO, Paolo. *Introduzione al diritto comparato*. Volume I. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2001, p. 16 e ss.; e DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5. ed. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 12. e ss.

[714] Registre-se a advertência de Dário Moura Vicente na sequência da crítica à *praesumptio similitudinis*: "(...) quais os fatores com base nos quais se deve procurar uma explicação para as semelhanças e diferenças detectadas entre os termos da comparação empreendida? É neste ponto que se revela mais nitidamente a estreita conexão do Direito Comparado com outras disciplinas científicas. Porquanto para aquele efeito haverá que atender quer a fatores jurídicos (...) quer a fatores metajurídicos – entre os quais avultam a História, a ideologia, a eligião, as concepções filosóficas dominantes, o sistema econômico, a Geografia, a demografia, as mentalidades etc." (VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado*. Volume I, cit., p. 44-45).

[715] A propósito da associação do direito brasileiro à família romano-germânica, v., por todos, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume I. 24. ed. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 45 e ss.

[716] "*Storicamente il* civil law, *in special modo quello di derivazione germanica, pone al centro della propria intelaiatura la consistenza delle situazioni giuridiche soggettive attraverso la teoria del diritto soggetivo. Gli ordinamenti dell'Europa continentale affidano l'individuazione degli interessi tuttelati – la c.d. funzione attributiva – al rapporto tra diritto soggettivo e azione*" (SMORTO, Guido. Il linguaggio dei diritti e il linguaggio dei rimedi, cit., p. 187). Em tradução livre: "Historicamente, o *Civil Law*, em especial modo aquele de derivação germânica, põe ao centro do próprio quadro a consistência das situações jurídicas subjetivas através da teoria do direito subjetivo. Os ordenamentos da Europa continente confiam a individualização dos interesses tutelados – a denominada função atributiva – à relação entre direito subjetivo e ação". V., ainda, NIVARRA, Luca. *I nuovi orizzonti della responsabilità contrattuale*. Torino: G. Giappiccheli, 2015, p. 18; e, do mesmo autor, NIVARRA, Luca. Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico? *Europa e Diritto Privato*, n. 3, p. 583-611, 2015, p. 601.

[717] Ao propósito, v., por todos, SMORTO, Guido. Sul significato di "rimedi", cit., p. 182; e SMORTO, Guido. Il linguaggio dei diritti e il linguaggio dei rimedi, cit., p. 188-189. Adverte-se, contudo: "Em qualquer destes sistemas jurídicos [romano-germânicos], as assembleias parlamentares são referidas como os órgãos legislativos por excelência, mas este corolário do princípio da separação de poderes vem sofrendo sucessivas atenuações. As

direito objetivo, ao que se associaria a histórica resistência (paulatinamente revisitada) ao reconhecimento de alguma relevante eficácia jurígena a fontes como os costumes e a jurisprudência.[718]

No que diz respeito aos sistemas jurídicos da família anglo-saxã, de outra parte, historicamente nega-se relevância à categoria do direito subjetivo e identifica-se a centralidade da atenção dispensada aos remédios.[719] Nesse sentido, em oposição ao modelo de atribuição abstrata dos direitos pela lei, pautado por acentuado formalismo jurídico,[720] prevaleceria a atribuição concreta de remédios pelo juiz em cada caso concreto.[721] O ideal de efetividade da tutela jurisdicional não seria compatível com a enunciação abstrata dos direitos, razão pela qual se chega a afirmar que a relevância da própria categoria do direito subjetivo se resumiria à indicação do grau de probabilidade da obtenção de um pronunciamento judicial favorável à parte.[722] A centralidade dos remédios (*remedies*) relegaria a um papel secundário

---

regras e a prática constitucionais procedem na realidade a uma partilha do poder legislativo, em que a parcela pertencente aos Governos tem progressivamente aumentado (...)" (ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao direito comparado*, cit., p. 49). No mesmo sentido da referida advertência, v., ainda, VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado*. Volume I, cit., p. 154. Para a defesa da importância de uma ressignificação da separação de poderes para o próprio estudo do sistema remedial, v. FRIEDMAN, Barry. When Rights Encounter Reality, cit., p. 770 e ss.

[718] Para um desenvolvimento crítico da questão, v., por todos, VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado*. Volume I, cit., p. 161 e ss.

[719] "*Gli ordinamenti di* common law *tradizionalmente non conoscono l'ordine concettuale dei diritti soggettivi e organizzano le proprie forme di tutela intorno alla nozione di rimedio*" (SMORTO, Guido. Il linguaggio dei diritti e il linguaggio dei rimedi, cit., p. 189). Em tradução livre: "Os ordenamentos de *Common Law* tradicionalmente não conhecem a ordem conceitual dos direitos subjetivos e organizam as próprias formas de tutela em torno da noção de remédio".

[720] Para um relato da crítica ao formalismo jurídico por parte da doutrina do *Common Law*, v. SMORTO, Guido. Il linguaggio dei diritti e il linguaggio dei rimedi, cit., p. 190-191.

[721] "*In questi sistemi la selezione degli interessi meritevoli avviene direttamente tramite l'individuazione delle tutele e non occorre identificare una posizione soggettiva perché possa darsi risposta ad un interesse leso. L'effettività delle tutele prevale sull'enunciazione astratta dei diritti. Secondo um modello di analisi orientato ai rimedi, infatti, per offrire un quadro accurato e completo della consistenza della protezione degli interessi occorre verificare l'effettività delle tutele*" (SMORTO, Guido. Il linguaggio dei diritti e il linguaggio dei rimedi, cit., p. 190). Em tradução livre: "Nestes sistemas a seleção dos interesses merecedores de tutela ocorre diretamente mediante a individualização das tutelas e não é necessário identificar uma posição subjetiva para que se possa dar resposta a um interesse lesado. A efetividade das tutelas prevalece sobre a enunciação abstrata dos direitos. Segundo um modelo de análise orientado aos remédios, de fato, para oferecer um quadro preciso e completo da consistência da proteção dos interesses é necessário verificar a efetividade das tutelas".

[722] "*Nelle sue espressioni più radicali il discorso sui rimedi sostiene che parlare di diritti non significhi altro che fare predizioni sulle future decisioni giudiziali. In questa prospettiva diritto soggettivo diviene 'espressione linguistica' attraverso la quale si indica semplicemente un altro grado di probabilità di ottenere un giudizio favorevole, ipostasi di un argomento retorico dotato di un certo grado di idoneità a persuadere chi renderà la decisione*" (SMORTO, Guido. Il linguaggio dei diritti e il linguaggio dei rimedi, cit., p. 190, nota de rodapé n. 14). Em tradução livre: "Nas suas expressões mais radicais, o discurso sobre os remédios sustenta que falar de direitos não signifique outra coisa que fazer predições sobre as futuras decisões judiciais. Nesta perspectiva, direito subjetivo se torna 'expressão linguística' através da qual se indica simplesmente um outro grau de probabilidade de obter um juízo favorável, hipóstase de um argumento retórico dotado de um certo grau de idoneidade a persuadir quem tomará a decisão".

a atribuição formal de direitos (*rights*)[723] ou, em formulação diversa, de posições jurídicas de vantagem (*entitlements*).[724]

O relato das referidas distinções comumente apontadas pela doutrina pode ser sintetizado pela diversidade de brocardos que se costumam associar a cada uma das famílias de sistemas jurídicos: "*ubi remedium ibi ius*" em oposição a "*ubi ius ibi remedium*".[725] De uma parte, nos países de *Common Law*, o destaque da jurisprudência (ou, mais precisamente, dos precedentes)[726] como fonte principal do direito e a centralidade da busca pela tutela jurisdicional efetiva conduziriam ao reconhecimento de que "onde houver remédio, haverá direito" ("*ubi remedium, ibi ius*").[727] De outra parte, nos sistemas de *Civil Law*, a proeminência da lei como fonte do direito e a centralidade da enunciação e da atribuição abstratas dos direitos conduziriam ao reconhecimento de que "onde houver direito, haverá

---

[723] Acerca da noção de *right*, remete-se, por todos, a FRIEDMAN, Barry. When Rights Encounter Reality, cit., *passim*; e FRIEDMANN, Daniel. Rights and Remedies. In: COHEN, Nili; MCKENDRICK, Ewan (Orgs.). *Comparative Remedies for Breach of Contract*. Pittsburgh: Hart, 2005, *passim*.

[724] Acerca da noção de *entitlement*, remete-se, por todos, a CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review*, vol. 85, n. 6, p. 1.089-1.128, 1972, p. 1.090 e ss. A propósito da centralidade dos *remedies* em detrimento dos *rights* e *entitlements*, afirma-se, ao se analisar a disciplina do enriquecimento sem causa no direito inglês: "*The key point of the analysis is that one of level of entitlement (right) is replaced by another (remedy)"* (BARKER, Kit. Rescuing Remedialism in Unjust Enrichment Law: Why Remedies are Right. *Cambridge Law Journal*, vol. 57, n. 2, p. 301-327, 1998, item IV). Em tradução livre: "O ponto central da análise é que um nível de atribuição (direito) [*entitlement (right)*] é substituído por outro (remédio) [*remedy*]".

[725] A formulação remonta à lição de SMORTO, Guido. Il linguaggio dei diritti e il linguaggio dei rimedi, cit., p. 192.

[726] Refere-se, nesse sentido, aos ordenamentos do sistema do *Common Law* como "(...) ordenamentos em cuja base está o precedente judicial. Assim, por exemplo, embora atualmente seja frequente a referência a 'precedente', especialmente pelo STJ, não se trata da mesma coisa: o nosso precedente, necessariamente plural e relativo ao direito, denota, na verdade, o comportamento da 'jurisprudência', enquanto o 'precedente' em sua acepção original, de matriz anglo-americana, com frequência é único e refere-se aos fatos principais da demanda. São diferenças, portanto, tanto qualitativas como quantitativas" (MORAES, Maria Celina Bodin de. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do Século XXI. *Revista de Direito Privado*, a. 14, vol. 56, p. 11-30, out.-dez./2013, p. 13-14). V., da mesma autora, MORAES, Maria Celina Bodin de. Professores ou juízes? Editorial a *Civilistica.com*, a. 3, n. 2, p. 1-5, jul.-dez./2014, *passim*. Para uma análise da centralidade dos juízes e dos precedentes nos sistemas do *Common Law*, v., ainda, BIRKS, Peter. Adjucation and interpretation in the common law: a century of change. *Legal Studies*, vol. 14, n. 2, p. 156-179, jul./1994, *passim*.

[727] Ao propósito, v., por todos, FRIEDMANN, Daniel. Rights and Remedies, cit., p. 3-4; e MAJO, Adolfo di. *Le tutele contrattuali*, cit., p. 4. Não por acaso, afirma-se que no sistema de *Common Law* a definição das posições jurídicas funcionaria como um *posterius* em relação à prévia individualização da tutela mediante remédios: "*La logica dei rimedi, portata alle sue conseguenze ultime, conduce a sostenere l'irrilevanza dei diritti: affermare che esiste un diritto – si sostiene – è solo un modo per dire che l'ordinamento concede un rimedio, perché è solo dal rimedio che è possibile definire l'interesse tutelato. Se proprio vogliamo parlare di diritto, la definizione delle posizioni soggettive di vantaggio è comunque un* posterius *rispetto all'individuazione dei rimedi*" (SMORTO, Guido. Il linguaggio dei diritti e il linguaggio dei rimedi, cit., p. 191-192). Em tradução livre: "A lógica dos remédios, levada às suas consequências últimas, conduz a sustentar a irrelevância dos direitos: afirmar que existe um direito – se sustenta – é apenas um modo para dizer que o ordenamento concede um remédio, porque é apenas pelo remédio que é possível definir o interesse tutelado. Se realmente quisermos falar de direito, a definição das posições subjetivas de vantagem é, portanto, um *posterius* em relação à individualização dos remédios".

remédio" ("*ubi ius, ibi remedium*").[728] Eis, em síntese, alguns dos principais contornos da diferenciação, concebida por parte da doutrina, entre a *linguagem dos direitos* (associada ao *Civil Law*) e a *linguagem dos remédios* (associada ao *Common Law*).[729]

A partir do quadro comparativo exposto, destacam-se, em sede doutrinária, questões supostamente relevantes para se ilustrarem as repercussões da diferenciação entre a linguagem dos direitos e a linguagem dos remédios. Uma primeira questão diz respeito à possibilidade ou não de reconhecimento, pelo juiz, de razões diversas daquelas que determinaram o reconhecimento de um interesse protegido e a correlata atribuição de um direito.[730] Afirma-se, ao propósito, que o julgador nos sistemas de *Civil Law* teria a responsabilidade de se manter fiel às escolhas valorativas do legislador, ao passo que o julgador nos sistemas de *Common Law* não se apresentaria rigidamente comprometido com as razões tidas como relevantes pelo legislador, podendo, ao revés, reconhecer em cada caso posto à sua apreciação os interesses dignos de proteção, ainda que alheios às razões inspiradoras de eventuais previsões legais.[731]

Uma segunda questão diz respeito à discricionariedade do julgador, colocando-se em oposição um modelo de prevalência dos poderes *ex ante* do legislador em face de um modelo

---

[728] Ao propósito, v., por todos, FRIEDMANN, Daniel. Rights and Remedies, cit., p. 8 e ss. Tal formulação parece estar associada ao desenvolvimento conferido pela doutrina ao debate acerca da relação entre *direito* e *ação*, como se depreende, por exemplo, das análises críticas de MAJO, Adolfo di. *Le tutele contrattuali*, cit., p. 4; e MAZZAMUTO, Salvatore; PLAIA, Armando. *I rimedi nel diritto privato europeo*, cit., p. 1.

[729] Vale destacar que a metodologia civil-constitucional permite criticar, embora por fundamentos diversos, ambos os brocardos mencionados. De uma parte, a ideia de "*ubi remedium, ibi ius*" pecaria por antepor os instrumentos de tutela (os remédios) à própria definição dos interesses concretamente merecedores de tutela jurídica. De outra parte, a ideia de "*ubi ius, ibi remedium*", embora adequada no que tange à ausência de anteposição dos remédios face à delimitação dos interesses a serem tutelados, pecaria por sugerir que o reconhecimento dos interesses merecedores de tutela necessariamente haveria de conduzir à identificação de um remédio judicial. Nesse sentido se posiciona a crítica de Pietro Perlingieri: "*Non convince, anzitutto, l'assunto secondo il quale i bisogni di tutela sono 'qualificati' soltanto se raccordabili a interesse giustiziabili.* (...) *Così, nel passaggio da una dogmatica dei diritti a una dogmatica dei rimedi, l'interesse assumerebbe rilevanza soltanto nel momento patologico. Affermare che la previsione di un rimedio è misura della rilevanza giuridica di un interesse (*ubi remedium ibi ius*) non è operazione logico-giuridica diversa dall'affermare che una situazione è meritevole di tutela soltanto se qualificata dall'ordinamento come diritto (*ubi ius ibi remedium*)*" (PERLINGIERI, Pietro. Il "giusto rimedio" nel diritto civile, cit., p. 6-7). Em tradução livre: "Não convence, antes de tudo, o assumido segundo o qual as necessidades de tutela são 'qualificadas' somente se reconduzíveis a interesses judicializáveis. (...) Assim, na passagem de uma dogmática dos direitos a uma dogmática dos remédios, o interesse assumiria relevância somente no momento patológico. Afirmar que a previsão de um remédio é medida da relevância jurídica de um interesse (*ubi remedium ibi ius*) não é operação lógico-jurídica diversa do afirmar que uma situação é merecedora de tutela somente se qualificada pelo ordenamento como direito (*ubi ius ibi remedium*)".

[730] Ao propósito, v. SMORTO, Guido. Sul significato di "rimedi", cit., p. 174 e ss.

[731] "*Adottando il lessico dei rimedi, le tutele talvolta 'replicano', altre volte 'trasformano', i diritti, e la scelta tra rimedi che replicano e rimedi che trasformano diritti non dipende dalla natura del diritto violato, ma da considerazioni del tutto estranee alla conformazione della posizione soggettiva, da* rationes *nuove e diverse da quelle relative all'attribuzione della posizione soggettiva*" (SMORTO, Guido. Sul significato di "rimedi", cit., p. 176-177). Em tradução livre: "Adotando o léxico dos remédios, as tutelas às vezes 'replicam', outras vezes 'transformam', os direitos, e a escolha entre remédios que replicam e remédios que transformam direitos não depende da natureza do direito violado, mas de considerações de todo estranhas à conformação da posição subjetiva, de *rationes* novas e diversas daquelas relativas à atribuição da posição subjetiva".

de prevalência dos poderes *ex post* do magistrado.[732] A esse respeito, afirma-se que os sistemas da família romano-germânica imporiam ao julgador o dever de estrita observância dos preceitos legais, sem maiores possibilidades de "manobra" para a proteção efetiva de interesses ao arrepio da previsão legal.[733] Nos sistemas da família anglo-saxã, diversamente, se reconheceria ao magistrado uma expressiva esfera de discricionariedade para uma atuação criativa com vistas à atribuição de remédios efetivos aos interesses que se revelassem dignos de proteção em cada caso concreto.[734]

Uma terceira questão, por fim, se refere à argumentação jurídica.[735] Enuncia-se, a esse propósito, a prevalência de um modelo dito lógico-sistemático de interpretação nos sistemas de *Civil Law*, pelo reconhecimento de que subjacente à dogmática do direito subjetivo estaria o respeito à exclusividade do legislador para as definições e atribuições das posições jurídicas a serem protegidas.[736] Prevaleceria nos sistemas de *Common Law*, por outro lado, um modelo dito teleológico de interpretação, em que incumbiria ao julgador, mediante a atribuição concreta de remédios, a definição última dos interesses dignos de proteção.

O relatado esforço de enunciação de caracteres distintivos não impediu, contudo, que a própria doutrina empenhada na diferenciação ressalvasse a existência de uma expressiva similitude de resultados entre as referidas famílias de sistemas jurídicos.[737] Precisamente

---

[732] Ao propósito, v. SMORTO, Guido. Sul significato di "rimedi", cit., p. 180 e ss.

[733] Para uma análise crítica de tal atributo historicamente associado aos sistemas romano-germânicos, v. SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*, cit., p. 93 e ss.

[734] "*Il* common law *riconosce, dunque, che le logiche che presiedono l'amministrazione della giustizia* ex post *possono divergere da quelle che sono confluite nella formulazione della posizione di vantaggio e attribuisce al giudice, nell'esercizio della propria discrezionalità, il compito di colmare questa distanza. Il linguaggio dei rimedi lo riconosce e afferma che le tutela talvolta 'replicano', altre volte 'trasformano'; altre ancora 'creano' i diritti*" (SMORTO, Guido. Il linguaggio dei diritti e il linguaggio dei rimedi, cit., p. 206). Em tradução livre: "O *Common Law* reconhece, portanto, que as lógicas que presidem a administração da justiça *ex post* possam divergir daquelas que confluem na formulação da posição de vantagem e atribui ao juiz, no exercício da própria discricionariedade, a tarefa de colmatar essa distância. A linguagem dos remédios o reconhece e afirma que as tutelas às vezes 'replicam', outras vezes 'transformam'; outras, ainda, 'criam' os direitos". V., ainda, LUPOI, Maurizio. Il dolo del debitore: '*dolus*' e '*fraud*': dal diritto romano all'*equity* inglese. In: VISINTINI, Giovanna (Coord.). *Trattato della responsabilità contrattuale*. Volume I: inadempimento e rimedi. Padova: CEDAM, 2009, p. 177-178; e PERLINGIERI, Pietro. Il principio di legalità nel diritto civile, cit., p. 196.

[735] A propósito da referida distinção pautada nos esquemas da argumentação jurídica, v. SMORTO, Guido. Sul significato di "rimedi", cit., p. 185 e ss.

[736] Veja-se, ao propósito, a análise crítica de PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 674 e ss.

[737] "*Alla distanza tra i rispettivi ordini concettuali corrisponde sul piano funzionale una (parziale) identità di prospettiva. Tutti gli ordinamenti, tanto di* civil law *quanto di* common law, *conoscono l'esigenza di una ridefinizione degli interessi in gioco alla luce del singolo caso, sono consapevoli del fatto che il bilanciamento degli interessi non può dirsi del tutto esaurito con l'attribuzione di proprietà normative in astratto ed elaborano strumenti volti a far fronte a queste esigenze*" (SMORTO, Guido. Il linguaggio dei diritti e il linguaggio dei rimedi, cit., p. 202). Em tradução livre: "à distância entre as respectivas ordens conceituais corresponde, sobre o plano funcional, uma (parcial) identidade de perspectiva. Todos os ordenamentos, tanto de *Civil Law* quanto de *Common Law*, conhecem a exigência de uma redefinição dos interesses em jogo à luz do caso singular, são conscientes do fato de que o sopesamento dos interesses não se pode dizer de todo exaurido com a atribuição de propriedades normativas em abstrato e elaboram instrumentos voltados a fazer frente a essa exigência".

nesse sentido, já se sustentou que o *Civil Law* tenderia a se aproximar do *Common Law* a partir de construções teóricas que permitissem maior flexibilidade por parte do julgador na busca pela atribuição efetiva de remédios.[738]

Em síntese do quanto exposto a propósito do esforço de diferenciação entre as tradições romano-germânica e anglo-saxã, podem ser destacados alguns (supostos) caracteres usualmente associados aos sistemas do *Civil Law*: hegemonia da categoria do direito subjetivo; prevalência da enunciação abstrata dos direitos em detrimento da efetividade da tutela jurisdicional concreta; aprisionamento do magistrado aos limites rígidos da legislação ordinária e da técnica subsuntiva. Se é verdade que tais caracteres facilitariam a diferenciação abstrata do *Civil Law* face ao *Common Law*, parece ainda mais correto (e necessário) reconhecer que tal enunciação dos sistemas da família romano-germânica pode não corresponder, sequer remotamente, à configuração desses sistemas tal como enxergados e vivenciados a depender da específica metodologia adotada pelo intérprete-aplicador do direito – e é precisamente isso que se verifica a partir da assunção da postura metodológica do direito civil-constitucional (principal maro teórico desta tese, cf. Introdução, *supra*), como se busca expor.

Em primeiro lugar, reconhece-se a perda de centralidade da categoria do direito subjetivo, por uma série de razões.[739] Com efeito, sem que se sustente o desaparecimento dessa categoria, o que se reconhece é que os centros de interesse (em torno dos quais se

---

[738] "*Anche la giurisprudenza di* civil law *ha sempre svolto, seppure con sensibilità e attenzione variabili, il compito di rivedere in sede applicativa la consistenza dei diritti soggettivi che il legislatore aveva definito nella loro assolutezza (*dura lex sed lex*). In questo modo ha dato risposta all'esigenza di estendere il proprio sindacato oltre gli stretti limiti della verifica di astratta conformità dell'esercizio del diritto alla norma attributiva, e di verificare la legittimità dei comportamenti alla luce del caso concreto, senza considerarli tale aprioristicamente per l'astratta conformità al diritto conferito. Il linguaggio utilizzato dal legislatore non può che mantenersi entro margini vaghi e la regola finisce per completarsi alla luce delle circostanze del caso concreto, secondo canoni ermeneutici che non si esauriscono nella meccanica applicazione del dettato normativo postulata dalla tradizionale dicotomia diritto/azione*" (SMORTO, Guido. Sul significato di "rimedi", cit., p. 178). Em tradução livre: "Também a jurisprudência de *Civil Law* sempre realizou, embora com sensibilidade e atenção variáveis, a tarefa de rever em sede aplicativa a consistência dos direitos subjetivos que o legislador havia definido na sua natureza absoluta (*dura lex sed lex*). Deste modo deu resposta à exigência de estender o próprio controle além dos estreitos limites da verificação de abstrata conformidade do exercício do direito à norma atributiva, e de verificar a legitimidade de comportamentos à luz do caso concreto, sem considerá-lo tais aprioristicamente pela abstrata conformidade ao direito conferido. A linguagem utilizada pelo legislador não pode mais que manter-se dentro de limites vagos e a regra finda por completar-se à luz das circunstâncias do caso concreto, segundo cânones hermenêuticos que não se exaurem na mecânica aplicação do ditado normativo postulada pela tradicional dicotomia direito/ação".

[739] "No novo sistema das fontes, a configuração e a tutela das situações subjetivas mudam radicalmente. O direito subjetivo – figura controvertida desde sempre – perde centralidade definitivamente e aflui a exigência de diversificar os interesses e de dar formas e técnicas de tutela das pessoas asseguradas por novos órgãos e por novos instrumentos, individualizados segundo o tipo de interesse a ser tutelado e a ponderação de valores a ser realizado" (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 678). A propósito, v., por todos, SOMBRA, Thiago Luís Santos. Interesse legittimo e potestà: al di là della comprensione del diritto soggettivo. *Civilistica.com*, a. 4, n. 2, p. 1-22, jul.-dez./2015, p. 12-13.

constituem as relações jurídicas) são integrados por uma vasta diversidade de situações jurídicas subjetivas que se configuram para além dos limites conceituais do direito subjetivo.[740] Ressalta-se, assim, a insuficiência do modelo do direito subjetivo para explicar as mais variadas posições jurídicas (notadamente, aquelas ativas, como o poder jurídico e o direito potestativo) em toda a sua complexidade.[741]

Destaca-se, ademais, a impropriedade da adoção do direito subjetivo para a compreensão e a tutela das relações jurídicas existenciais.[742] Afirma-se, ao propósito, que o caráter nitidamente patrimonial da categoria do direito subjetivo impediria a sua aplicação irrestrita às relações jurídicas existenciais, caracterizadas justamente por tutelarem mais diretamente a dignidade da pessoa humana. Em suma, sem qualquer pretensão de tratamento exaustivo da problemática atinente à relação entre o direito subjetivo e as demais situações jurídicas subjetivas, o que se pretende indicar é tão somente a ausência de correspondência, na perspectiva civil-constitucional, entre a configuração de um sistema jurídico do *Civil Law* e o suposto atributo de hegemonia da categoria do direito subjetivo.

Também o atributo atinente à suposta prevalência da enunciação abstrata dos direitos em detrimento da efetividade da tutela jurisdicional concreta parece não corresponder necessariamente ao modo pelo qual se pode enxergar um sistema jurídico do *Civil Law*.[743]

---

[740] Ao propósito, v., por todos, SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações jurídicas subjetivas, cit., *passim*.

[741] V. SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., p. 114 e ss.

[742] V., por todos, TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, *passim*; MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, item 2.

[743] Pietro Perlingieri destaca: "*È impossibile, dunque, costruire una teoria delle fonti senza interpretazione. La teoria dell'interpretazione è parte della teoria delle fonti ed è inconcepibile che la prima si esaurisca nell''individuazione del significato del dato letterale. Il diritto ha ad oggetto fatti concreti. Oggetto dell'interpretazione non è la norma, bensì la norma unitamente al fatto. Occorre avere la forza intellettuale e culturale di recuperare la normatività della fattualità, la valenza normativa dei fatti. Il che implica che l'ermeneutica giuridica non possa esaurirsi in una scienza del linguaggio*" (PERLINGIERI, Pietro. Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto", cit., p. 27). Em tradução livre: "É impossível, portanto, construir uma teoria das fontes sem interpretação. A teoria da interpretação é parte integrante da teoria das fontes e é inconcebível que a primeira seja exaurida na individuação do significado do dado literal. O direito tem por objeto fatos concretos. Objeto da interpretação não é a norma, mas sim a norma unida ao fato. É necessário ter a força intelectual e cultural de recuperar a normatividade da factualidade, a valência normativa dos fatos, o que implica que a hermenêutica jurídica não se possa exaurir em uma ciência da linguagem". Justifica-se, portanto, a adoção de cautela para com as formulações que apontem uma suposta diminuta importância do momento fático para a interpretação-aplicação do direito no âmbito do *Civil Law*, das quais se pode mencionar, exemplificamente, a seguinte passagem: "*Le distanze tra* civil law *e* common law *rimangono tante e significative. Il* common law *riconosce in modo più netto l'esigenza di un'analisi che tenga conto tanto della posizione soggettiva riconosciuta in astratto quanto del rimedio concesso in concreto, e soprattutto la relativa indipendenza delle due questioni*" (SMORTO, Guido. Il linguaggio dei diritti e il linguaggio dei rimedi, cit., p. 204). Em tradução livre: "As distâncias entre *Civil Law* e *Common Law* permanecem tantas e significativas. O *Common Law* reconhece de modo mais claro a exigência de uma análise que leve em consideração tanto a posição subjetiva reconhecida em abstrato quanto o remédio concedido em concreto, e sobretudo a relativa independência das duas questões". Cumpre, ao revés, assim reconhecer: "*Il percorso scandito dalla precedenza del rimedio rispetto al diritto è un tratto caratteristico dei sistemi di* common law *caratterizzati dalla*

Ainda que a enunciação de tal característica encontrasse guarida em uma doutrina mais formalista, nota-se uma expressiva e benfazeja tendência contemporânea de crítica hermenêutica ao formalismo jurídico.[744] Justamente nesse sentido, proclama-se a impossibilidade de uma completa interpretação e aplicação do direito sem a consideração dos valores tangenciados por cada caso concreto individualmente considerado.[745] Assim se verifica tanto na doutrina do direito material – com ênfase na metodologia do direito civil-constitucional, norteadora deste estudo – quanto na doutrina do direito processual – a propósito da qual se pode destacar uma relevante convergência de variadas escolas hermenêuticas em torno do ideal de efetividade da tutela jurisdicional e crítica ao formalismo jurídico tradicional.[746]

A expressividade de tal tendência se manifesta, em ocorrência emblemática, na construção doutrinária que critica a própria distinção estanque e abstrata entre as duas famílias de sistemas jurídicos a partir dos brocardos "*ubi jus, ibi remedium*" e "*ubi remedium, ibi jus*".

---

cristallizzazione dei diritti attorno ai rimedi, ma non si può considerare estraneo ai sistemi di civil law" (MAZZAMUTO, Salvatore; PLAIA, Armando. *I rimedi nel diritto privato europeo*, cit., p. 3). Em tradução livre: "O percurso marcado pela precedência do remédio em relação ao direito é um traço característico dos sistemas de *common law* caracterizados pela cristalização dos direitos em torno dos remédios, mas não pode ser considerado estranho aos sistemas de *civil law*".

[744] V., por todos, MAZZAMUTO, Salvatore; PLAIA, Armando. *I rimedi nel diritto privato europeo*, cit., p. 2; e LIPARI, Nicolò. On Abuse of Rights and Judicial Creativity. *The Italian Law Journal*, vol. 3, n. 1, p. 55-74, 2017, p. 55-57.

[745] "*Lungi dall'aderire a logiche formaliste, la ricerca della misura più adeguata deve incentrarsi sull'interesse giuridicamente rilevante: ocorre, insomma, privilegiare non la declamazione dei diritti, ma 'l'effettività delle soluzioni concretamente offerte dall'ordinamento di fronte alla violazione di uno specifico interesse'*" (PERLINGIERI, Pietro. Il "giusto rimedio" nel diritto civile, cit., p. 4). Em tradução livre: "Longe de aderir a lógicas formalistas, a busca pela medida mais adequada deve concentra-se sobre o interesse juridicamente relevante: é necessário, em suma, privilegiar não a declamação dos direitos, mas a efetividade das soluções concretamente oferecidas pelo ordenamento diante da violação a um específico interesse". Mesmo fora da metodologia civil-constitucional se reconhece: "(...) *l'interpretazione della norma si svolge in sede applicativa secondo canoni che la programmazione normativa può limitare solo in parte e il peso da attribuire a ciascuno degli elementi rilevanti, ai fini della singola decisione, è definibile solamente entro una logica non generalizzabile del caso per caso. Tentare di essere più precisi sarebbe non solamente difficile ma anche poco saggio*" (SMORTO, Guido. Il linguaggio dei diritti e il linguaggio dei rimedi, cit., p. 203). Em tradução livre: "(...) a interpretação da norma se realiza em sede aplicativa segundo cânones que a programação normativa pode limitar apenas em parte e o peso a atribuir a cada um dos elementos relevantes, para fins da singular decisão, é definível somente dentro de uma lógica não generalizável do caso a caso. Tentar ser mais precisos seria não apenas difícil, mas também pouco sábio".

[746] Nesse sentido, mencionem-se, a título meramente ilustrativo, as escolas hermenêuticas mais diretamente identificadas com os ideais de *acesso à justiça* (v., por todos, FUX, Luiz. O novo processo civil. *Revista do TST*, vol. 80, n. 4, p. 264-290, out.-dez./2014, *passim*), *instrumentalidade do processo* (v., por todos, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, *passim*; CALMON DE PASSOS, J. J.. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*, vol. 102, p. 55-67, abr.-jun./2001, *passim*; e BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. *Revista de Processo*, vol. 60, out./1990, *passim*) e *formalismo-valorativo* (v., por todos, OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, *passim*; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, vol. 137, p. 7-31, jul./2006, *passim*; e MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR., Hermes. Formalismo-valorativo e o novo processo civil. *Revista de Processo*, vol. 272, p. 85-125, out./2017, *passim*).

Destaca-se que nenhuma das duas formulações, se tomadas em termos rígidos, logra explicar satisfatoriamente a operatividade dos remédios em cada sistema jurídico, com particular enfoque sobre a tradição do *Common Law*: de uma parte, não raramente os remédios encontram fundamento direto em textos legislativos; de outra parte – e aqui talvez se evidencie percepção ainda mais emblemática –, a atribuição de um remédio em um sistema do *Common Law* se justifica em função da tutela de um interesse cuja juridicidade tenha sido reconhecida a partir da análise do ordenamento jurídico (reconhecida, por certo, a primazia que cada sistema conferir internamente às possíveis fontes do direito).[747] Percebe-se, em suma, o risco na análise excessivamente abstrata de qualquer das duas famílias. Tanto é verdade que o direito justificador de remédios nos sistemas do *Civil Law* não se resume à categoria do direito subjetivo quanto parece improvável, do ponto de vista lógico-jurídico, que a atribuição de um remédio pela autoridade estatal nos sistemas do *Common Law* possa se operar sem que se identifique um interesse reputado merecedor de proteção pela ordem jurídica.

Por fim, de melhor sorte não desfruta a enunciação segundo a qual o modelo do *Civil Law* aprisionaria o magistrado aos limites rígidos da legislação ordinária[748] e da técnica subsuntiva.[749] Precisamente contra tal ordem de pensamento se ergue a crítica veemente da

---

[747] Eis a lição de Adolfo di Majo: "*Francamente, non sono in grado di dire se semplificazioni di questo genere siano attendibili, e in che misura. In ogni caso, vorrei osservare: (i) i rimedi di cui si parla trovano la propria fonte nei testi del diritto comunitario derivato che, per quanto discutibili sotto il profilo della tecnica redazionale, sono testi legislativi e, quindi, immettono nel sistema enunciati molto più generali e astratti che non individuali e concreti; (ii) i 'rimedi' di cui si parla si riannodano ad un interesse la cui giuridicità è già stata affermata da una norma diversa da quella attributiva del rimedio*" (NIVARRA, Luca. *I nuovi orizzonti della responsabilità contrattuale*, cit., p. 19-20). Em tradução livre: "Francamente, não posso dizer se simplificações deste gênero são confiáveis, e em que medida. De qualquer modo, gostaria de salientar que: (i) os remédios de que se fala encontram a própria fonte nos textos do direito comunitário derivado que, embora questionáveis sob o perfil da técnica redacional, são textos legislativos e, portanto, colocam no sistema enunciados muito mais gerais e abstratos do que individuais e concretos; (ii) os 'remédios' de que se fala remontam a um interesse cuja juridicidade já foi afirmada por uma norma diversa daquela atributiva do remédio". V., ainda, do mesmo autor, NIVARRA, Luca. Rimedi, cit., p. 602-603.

[748] Veja-se, exemplificativamente: "*È vero però che l'argomento orientato alle conseguenze ha avuto storicamente poco spazio in* civil law*, dove l'attività ermeneutica del giudice è sempre stata concepita come il prodotto dell'interpretazione di norme di decisione formulate in modo condizionale e applicate meccanicamente al caso concreto da parte del giudice*" (SMORTO, Guido. Sul significato di "rimedi", cit., p. 187). Em tradução livre: "É verdade, porém, que o argumento orientado às consequências teve historicamente pouco espaço no *Civil Law*, em que a atividade hermenêutica do juiz sempre foi concebida como o produto da interpretação de normas de decisão formuladas de modo condicional e aplicadas mecanicamente ao caso concreto por parte do juiz".

[749] A ilustrar a formulação doutrinária de uma associação (indevida, vale frisar) entre o *Civil Law* e a técnica da subsunção, chega-se a se afirmar que a superação desse (suposto) paradigma representaria um acolhimento da linguagem remedial do *Common Law*: "*Ed anche al di fuori delle disposizioni legislative, nell'amministrazione dei rimedi la giurisprudenza ha sempre tenuto in conto variabili come ragionevolezza, proporzionalità, adeguatezza, in una logica difficilmente spiegabili in chiave di sussunzione e che testimonia l'accoglimento almeno parziale di quella connaturata flessibilità propria del piano dei rimedi*" (SMORTO, Guido. Sul significato di "rimedi", cit., p. 179-180). Em tradução livre: "E também para além das disposições legislativas, na administração dos remédios a jurisprudência sempre levou em consideração variáveis como razoabilidade,

metodologia do direito civil-constitucional.[750] A partir do reconhecimento de que o sistema jurídico se unifica em torno da Constituição, à qual remonta o fundamento de validade de todas as demais normas integrantes do ordenamento jurídico, aponta-se a impossibilidade de solução de qualquer caso sem a consideração da tabua axiológica constitucional.[751] O imperativo de aplicabilidade (direta e/ou indireta) da Constituição a todos os casos reclama do intérprete, portanto, o constante exame de compatibilidade da legislação ordinária com o texto constitucional. Somente assim poderá o intérprete, a partir do exame das vicissitudes do caso concreto e da aplicação do inteiro ordenamento em sua unidade e complexidade,[752] individualizar adequadamente a normativa do caso concreto.[753]

Compreende-se, assim, a insuficiência da técnica da subsunção, segundo a qual a função do magistrado se resumiria à associação do caso concreto à norma mais específica para a sua resolução.[754] Identifica-se no cenário contemporâneo, ao revés, uma "reconstrução do Direito a partir de princípios – que representam valores estabelecidos na Constituição".[755] Desse modo, em superação da hegemonia da técnica da subsunção, destaca-se a importância

---

proporcionalidade, adequação, em uma lógica dificilmente explicável em termos de subsunção e que testemunha o acolhimento ao menos parcial daquela arraigada flexibilidade própria do plano dos remédios".

[750] A demonstrar a veemência da crítica formulada pelo direito civil-constitucional à formatação tradicional do positivismo jurídico, já se assumem a verdadeira superação do ideal de "juiz boca-da-lei" e a contraposta necessidade de desenvolvimento de uma teoria da argumentação que possa conter os perigos de um possível modelo pós-positivista de "lei boca-do-juiz": "O nó a ser desvencilhado para que se possa avançar na promoção da justiça e dos valores constitucionais deslocou-se, assim, para o momento da aplicação do Direito, para o que se poderia apelidar, se tal fosse possível, de um 'positivismo judicial'. Se antes as soluções repousavam na lei – na época em que o juiz era considerado simples mensageiro desta –, o problema a ser enfrentado, no contexto atual, corresponde a determinar de que forma (isto é, em que nível de fundamentação), com base em que critérios e em que situações o Direito deverá ser dito pelo magistrado (o direito segundo a boca-do-juiz)" (MORAES, Maria Celina Bodin de. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz, cit., p. 29-30).

[751] V. PERLINGIERI, Pietro. "Controllo" e "conformazione" degli atti di autonomia negoziale, cit., *passim*.

[752] A propósito da unidade e complexidade do ordenamento jurídico, v. PERLINGIERI, Pietro. Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto", cit., p. 20. O autor adverte: "*Tuttavia la complessità dell'ordinamento non consente di sostenere la conformazione dello stesso secondo una struttura polisistemica* (...)*, né legittima una sua definizione in termini di insieme di microsistemi dello stesso rango o di rango diverso* (...)" (Ibid., p. 20, nota de rodapé n. 55). Em tradução livre: "Todavia, a complexidade do ordenamento não consente sustentar-se a conformação do mesmo segundo uma estrutura polissistêmica (...), nem legitima uma sua definição em termos de conjunto de microssistemas da mesma categoria ou de categorias diversas (...)".

[753] A propósito do processo de individualização da normativa do caso concreto, v. PERLINGIERI, Pietro. Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto", cit., p. 7. A partir de tais premissas metodológicas se podem reconhecer as múltiplas possibilidades de satisfação de um interesse em cada caso concreto: "(...) *la medesima esigenza può trovare soddisfazione mediante soluzioni diverse secondo la valutazione di convenienza guidata dalle peculiarità del caso specifico*" (PERLINGIERI, Pietro. Il "giusto rimedio" nel diritto civile, cit., p. 5). Nesse sentido, o autor destaca "(...) *la fallacia della logica della fattispecie astratta e del meccanismo della sussunzione, offrendo spazio alle specificità della fattispecie concreta* (...)" (PERLINGIERI, Pietro. Il "giusto rimedio" nel diritto civile, cit., p. 6). Em tradução livre: "(...) a mesma exigência pode encontrar satisfação mediante soluções diversas segundo a valoração de conveniência guiada pelas peculiaridades do caso específico"; "(...) a falácia da lógica da *fattispecie* abstrata e do mecanismo da subsunção, oferecendo espaço às especificidades da *fattispecie* concreta".

[754] Para um maior desenvolvimento da crítica, seja consentido remeter a SILVA, Rodrigo da Guia. Um olhar civil-constitucional sobre a "inconstitucionalidade no caso concreto", cit., p. 53.

[755] MORAES, Maria Celina Bodin de. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz, cit., p. 19.

central da ponderação, técnica idônea justamente a promover o sopesamento de todas as normas (destacadamente, embora não exclusivamente, os princípios) para a solução de cada caso concreto.[756] Liberta-se, enfim, o magistrado dos limites estreitos da legislação ordinária,[757] impondo-se-lhe, por outro lado, o inarredável contraponto de demonstrar fundamentadamente a compatibilidade de cada decisão (e do respectivo processo argumentativo) com a tábua axiológica constitucional.[758]

O itinerário teórico brevemente empreendido nas linhas antecedentes buscou propor algumas perspectivas para a revisitação da formulação concebida em termos rígidos, em certo setor da doutrina, acerca da linguagem *dos direitos* em oposição à *linguagem dos remédios*. Destacou-se, nesse sentido, o risco subjacente à naturalização dos termos usualmente associados à configuração dos sistemas jurídicos do *Civil Law*, em razão dos inevitáveis influxos de cada metodologia sobre o modo de se enxergarem tais sistemas. A partir dessas premissas e precauções, passa-se, doravante, a uma investigação sobre a adequação ou não da suposta taxatividade remedial que usualmente se atribui (ainda que não explicitamente) aos sistemas jurídicos da família romano-germânica.

Entre outras questões,[759] afigura-se de especial valia, para a investigação dos limites para a operatividade dos remédios no direito privado – em especial, no que diz respeito à sua

---

[756] Ao propósito, seja consentido remeter a SILVA, Rodrigo da Guia. Um olhar civil-constitucional sobre a "inconstitucionalidade no caso concreto", cit., p. 53 e ss.

[757] Tal tendência é observada, com destaque, pela doutrina que se ocupa de analisar o maior espaço de criatividade (sempre reconduzida à legalidade constitucional e sujeita à fundamentação detida, por certo) atribuído ao julgador pela técnica legislativa das cláusulas gerais, como destacam, entre outros, CASTRONOVO, Carlo. L'avventura delle clausole generali. *Rivista Critica del Diritto Privato*, a. IV, p. 21-30, mar./1986, *passim*; e MAJO, Adolfo di. Clausole generali e diritto delle obbligazioni. *Rivista Critica del Diritto Privato*, a. II, n. 3, p. 539-571, set./1984, p. 545-552. Para uma análise mais detida acerca da expansão da técnica legislativa das cláusulas gerais, em oposição (embora sem superação absoluta) da técnica legislativa regulamentar, remete-se, por todos, a RODOTÀ, Stefano. Il tempo delle clausole generali. *Rivista Critica del Diritto Privato*, n. 4, p. 709-733, 1987, *passim*; e TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional*: Parte Geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, *passim*.

[758] "Daí o papel essencial que assume, sob o paradigma pós-positivista, a argumentação. O recurso aos princípios deflagra hipóteses em que dois princípios, ambos válidos e legítimos, entram em colisão ao oferecerem soluções opostas ao caso concreto: nessas hipóteses, a aplicação do Direito impõe o recurso à chamada ponderação, para encontrar qual deles é o mais adequado àquele caso, qual tem sua aplicação mais justificada. Este procedimento é essencialmente argumentativo e vem inspirado pela construção de uma teoria da argumentação, calcada na existência de uma lógica informal, que se aparta da racionalidade matemática, mas sem abrir mão dos processos de verificação de razoabilidade que lhe garantem legitimidade" (MORAES, Maria Celina Bodin de. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz, cit., p. 19-20).

[759] A propósito, seja consentido remeter ao estudo em que analisadas algumas dessas questões (SILVA, Rodrigo da Guia. Remédios no direito privado, cit., item 4), bem como a outros estudos nos quais foram igualmente investigadas as respostas que o direito brasileiro contemporâneo tem fornecido ao problema da suposta taxatividade dos remédios para a tutela das situações jurídicas subjetivas no âmbito temas como a suposta taxatividade do direito de retenção (SILVA, Rodrigo da Guia. Notas sobre o cabimento do direito de retenção. *Civilistica.com*, a. 6, n. 2, p. 1-25, 2017, *passim*) e a suposta restrição da exceção de contrato não cumprido aos limites rígidos da noção tradicional de bilateralidade e sinalagma contratuais (SILVA, Rodrigo da Guia. Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido, cit., *passim*).

suposta taxatividade –, a menção a alguns aspectos da chamada *tutela inibitória*. Como se sabe, a tutela inibitória pode ter por escopo impedir a prática de um ilícito ou inibir a sua repetição ou continuação.[760] Em qualquer dessas manifestações, a tutela inibitória distingue-se da tutela que se pode considerar repressiva, caracterizada pelo escopo de remoção dos efeitos de um ilícito já perpetrado.[761]

A relevância da tutela inibitória para o escopo geral do presente estudo reside precisamente na sua aptidão à promoção da tutela das situações jurídicas subjetivas ainda na sua fase fisiológica (ao menos, antes da consumação da desnaturação desta fase), e não somente no momento patológico, em razão da aptidão das medidas inibitórias para evitar a consumação ou renovação da lesão a um interesse reputado merecedor de tutela.[762] Avulta, assim, a importância dessa modalidade de tutela, sobretudo aquela efetivada em caráter preventivo à consumação de qualquer ilícito (não já a tutela inibitória acionada para se evitar a renovação de certa lesão já perpetrada), para a promoção do próprio ideal de efetividade da tutela dos direitos.[763]

Em boa hora, a doutrina elucida que resultaria contraditória com as referidas

---

[760] "A tutela inibitória possui três modalidades. A primeira (...) visa a impedir a prática do ilícito, podendo atuar antes que qualquer ilícito tenha sido praticado. As outras duas visam a inibir a repetição e a continuação do ilícito, nos casos de ilícito já praticado. Exemplo de ação ilícita continuada é a atividade que gera fumaça poluente e de ação ilícita repetida o despejo de lixo tóxico no ambiente" (PITERMAN, Marcel. Direito e processo, cit., p. 45).

[761] "Enquanto a tutela inibitória visa a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito, a tutela de remoção do ilícito ou reintegratória, por sua vez, destina-se a remover os efeitos de uma ação ilícita que já ocorreu, como, por exemplo, aprender produtos nocivos à saúde de consumidores já expostos à venda" (PITERMAN, Marcel. Direito e processo, cit., p. 45). Cumpre registrar que se está tomando, neste ponto do estudo, a noção de "ilícito" no sentido amplo de ato contrário à ordem jurídica. Pretende-se, com essa ressalva, afastar eventual associação irrefletida entre a disciplina do ato ilícito no âmbito da responsabilidade civil e a disciplina da tutela inibitória no âmbito do sistema geral de remédios para a tutela das situações jurídicas subjetivas.

[762] "*La prospettata lettura di natura teleologico-funzionale del sistema rimediale consente di ravvisare nell'azione inibitoria una tecnica da attivare soprattutto in via preventiva, nella fase fisiologica della realizzazione di interessi giuridicamente rilevanti e non soltanto in quella patologica della lesione degli interessi. Presupposto dell'inibitoria, infatti, non è l'illecito – che può anche mancare – ma il danno, sia pure soltanto temuto e ancor più se potenzialmente irreparabile*" (PERLINGIERI, Pietro. Il "giusto rimedio" nel diritto civile, cit., p. 20). Em tradução livre: "A prospectada leitura teleológico-funcional do sistema remedial permite reconhecer na ação inibitória uma técnica a ser ativada especialmente na via preventiva, na fase fisiológica da realização de interesses juridicamente relevantes e não somente naquela patológica da lesão dos interesses. Pressuposto da inibitória, de fato, não é o ilícito – que pode até mesmo faltar –, mas o dano, seja apenas temido e ainda mais se potencialmente irreparável".

[763] "*Occorre ammettere che un modello di tutela civile dei diritti, che voglia essere effettivo e non virtuale, dovrebbe abbandonare il suo tradizionale carattere agnostico in ordine all'illecito e alla violazione dei diritti, carattere insito nel fatto che esso interviene solo per reprimere violazioni già avvenute e rimuoverne, se possibile, le conseguenze. Esso dovrebbe esercitare anche una funzione preventiva delle violazioni e ciò in occasione di situazioni di fatto che lasciano presargire le stesse*" (MAJO, Adolfo Di. La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processuale, cit., p. 377). Em tradução livre: "É necessário admitir que um modelo de tutela civil dos direitos, que queira ser efetivo e não virtual, deveria abandonar o seu tradicional caráter agnóstico voltado para o ilícito e a violação dos direitos, caráter ínsito no fato de que ele intervém apenas para reprimir violações já ocorridas e remover, se possível, as suas consequências. Deveria exercer também uma função preventiva das violações e isso em situações de fato que as deixem ser presumidas".

percepções a enunciação de uma suposta taxatividade das medidas inibitórias.[764] Uma formulação de tal natureza acarretaria o risco de diminuição considerável da efetividade da tutela prometida pelo intérprete-aplicador do direito ao término do processo de individualização da normativa do caso concreto. Reconhece-se, ao revés, que um modelo rígido de taxatividade da tutela inibitória não se compatibiliza com o projeto constitucional de efetividade da tutela a ser dispensada aos direitos.[765] Com efeito, o campo de abrangência das ações inibitórias há de ser tão amplo quanto a esfera de situações jurídicas subjetivas que venham a ser concretamente reputadas merecedoras de tutela.[766]

O desenvolvimento conferido pela doutrina ao tema da tutela inibitória afigura-se de grande valia para que a comunidade jurídica possa, de modo geral, "(...) refletir sobre a conveniência de conceber o remédio como uma reação taxativamente ligada à violação de um interesse típico", por ser certo que "[o] remédio é uma ferramenta que se adapta ao interesse que se pretende tutelar e que é reconhecido pelo ordenamento", conforme apurada lição de

---

[764] "*Il campo applicativo di tale misura si limita usualmente alle fattispecie per le quali è espressamente prevista* ex lege*, sebbene talora si reputino le relative disposizioni normative suscettibili di interpretazione analogica. Tuttavia, tale orientamento non convince. Vi sono interessi che, alla luce* (...) *del complesso dei principi fondamentali dell'ordinamento, non possono restare privi di protezione per l'assenza di una norma specifica che consenta il riscorso all'inibitoria o dei presupposti per l'applicazione analogica della stessa*" (PERLINGIERI, Pietro. Il "giusto rimedio" nel diritto civile, cit., p. 18-19). Em tradução livre: "O campo de aplicação de tal medida [inibitória] é usualmente limitado às *fattispecie* para as quais é expressamente prevista *ex lege*, embora às vezes as relativas disposições normativas sejam consideradas suscetíveis de interpretação analógica. No entanto, essa orientação não convence. Há interesses que, à luz (...) do complexo dos princípios fundamentais do ordenamento, não podem ficar sem proteção devido à ausência de uma norma específica que permita o recurso à inibitória ou dos pressupostos para a aplicação analógica da mesma". O autor arremata: "*Per concludere, l'idoneità di qualunque strumento di protezione a soddisfare lo specifico bisogno di tutela impone il superamento dello pseudo-principio di tipicità, che sembra informare l'ordinamento in ogni ambito (dalle disposizioni in tema di pubblicità a quelle sui rimedi)*" (Ibid., p. 20). Em tradução livre: "Para concluir, a idoneidade de qualquer instrumento de proteção para atender à necessidade específica de tutela impõe a superação do pseudo-princípio da tipicidade, que parece informar o ordenamento em todas as áreas (desde as disposições sobre o tema da publicidade até aquelas sobre os remédios)".

[765] "*La preoccupazione è rivolta al futuro e non al passato. Il che induce ad affermare che gli ordini inibitori dei giudici, disseminati nel codice o in altre leggi, non rappresentano una specie 'isolata' bensì l'espressione di un più generale rimedio, appunto inibitorio, che trova il suo fondamento nella esigenza di prevenire le violazioni (...)*" (MAJO, Adolfo Di. La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processuale, cit., p. 378). Em tradução livre: "A preocupação é direcionada para o futuro e não para o passado, o leva à afirmação de que as ordens inibitórias dos juízes, disseminadas no código ou em outras leis, não representam uma espécie 'isolada', mas sim a expressão de um remédio mais geral, de fato inibitório, que encontra o seu fundamento na exigência de prevenir as violações (...)".

[766] "(...) *il rimedio inibitorio è ammissibile in tutte le ipotesi nelle quali consenta l'effettiva attuazione di un interesse meritevole di tutela: 'l'estensione dell'inibitoria va effettuata non mediante una interpretazione estensiva o analogica, ma basandosi sul principio di adeguatezza del rimedio rispetto all'interesse sostanziale'*" (PERLINGIERI, Pietro. Il "giusto rimedio" nel diritto civile, cit., p. 19, nota de rodapé n. 49). Em tradução livre: "(...) o remédio inibitório é admissível em todas as hipóteses nas quais se consinta a efetiva implementação de um interesse merecedor de tutela: 'a extensão da inibitória é efetuada não por meio de uma interpretação ampliativa ou analógica, mas baseando-se no princípio de adequação do remédio em relação ao interesse substancial'". O autor arremata: "*Il rimedio, se trova giustificazione nella meritevolezza di tutela della situazione giuridica soggettiva lesa e nei valori che meritano prevalenza, deve sempre avere applicazione*" (Ibid., p. 19-20). Em tradução livre: "O remédio, se encontrar justificativa no merecimento de tutela da situação jurídica subjetiva lesada e nos valores que merecem prevalência, deve sempre ter aplicação".

Pietro Perlingieri.[767] De fato, parece ser o momento de se estenderem as conclusões alcançadas acerca da tutela inibitória para a generalidade dos instrumentos de tutela das situações jurídicas subjetivas, de modo a se superar a suposta taxatividade dos remédios no direito privado. Reconhece-se, assim, a expansão do espectro de abrangência de cada remédio para além dos limites literais da respectiva previsão legal expressa, sempre que um idêntico fundamento valorativo reclamar a aplicação dos mesmos remédios diante de vicissitudes similares.

Nos termos ora propugnados, o reconhecimento da expansão do espectro de incidência dos remédios para além das previsões legais expressas vai ao encontro da premissa metodológica que destaca a imprescindibilidade do raciocínio analógico no âmbito de todo o processo de interpretação-aplicação do direito.[768] Cumpre, contudo, proceder a alguns esclarecimentos e advertências, no intuito de se evitar que essa importante premissa seja confundida com uma suposta defesa teórica da ampliação do cabimento dos remédios ao inadimplemento com base em "mera" e "excepcional" analogia diante de lacuna aparente.

Conforme o secular ensinamento, diante da situação de lacuna da lei para a solução de algum caso concreto, apontam-se tradicionalmente três principais mecanismos de integração, todos referidos no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.[769] A analogia – foco da presente análise –, como é cediço, consiste na identificação da razão subjacente a uma dada norma para, na sequência, aplicar-se a mesma solução em caso semelhante com base na mesma razão pré-identificada.[770] O brocardo latino bem sintetiza: "*ubi eadem legis ratio, ibi eadem iuris dispositio*" ("onde houver a mesma razão legal, deve haver a mesma disposição jurídica", em tradução livre).[771]

---

[767] PERLINGIERI, Pietro. Regole del mercato e tutela dell'investitore: riflessioni a margine della MiFID. In: ADAMO, S.; CAPOBIANCO, Ernesto; CUCURACHI, P. (*a cura di*). *Regolamentazione del mercato finanziario e contratti con gli investitori*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, p. 315. Tradução livre do original: "(...) *riflettere sull'opportunità di concepire il rimedio quale reazione tassativamente collegata alla violazione di un interesse tipico* (...). *Il rimedio è un utensile che va adeguato all'interesse che si intende tutelare e che è riconosciuto dall'ordinamento*".

[768] As subsequentes reflexões foram desenvolvidas inicialmente em SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa*, cit., p. 51 e ss.

[769] Advirta-se, por oportuno, que a analogia – à semelhança dos demais mecanismos de integração – não é fonte do direito, mas apenas critério de integração do ordenamento: "A analogia (...) é forma típica de raciocínio jurídico pelo qual se estende a *facti species* de uma norma a situações semelhantes para as quais, em princípio, não havia sido estabelecida. Não é, propriamente, fonte do direito, mas instrumento técnico de que se vale o juiz para suprir a lacuna" (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 212).

[770] "Funda-se a analogia, não como se pensou outrora, na vontade presumida do legislador, e, sim, no princípio de verdadeira justiça, de igualdade jurídica, o qual exige que as espécies semelhantes sejam reguladas por normas semelhantes" (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 171).

[771] "As leis não são sempre tão completas que regulem expressa e claramente todas as relações de coexistência do povo, para quem são promulgadas. A marcha incessante do progresso humano cria, todos os dias, casos novos,

Costuma-se explicar que o raciocínio analógico comporta uma divisão em duas espécies: a *analogia legis* (analogia legal) e a *analogia juris* (analogia jurídica). A distinção entre tais espécies remontaria essencialmente ao parâmetro de consideração, ou, mais propriamente, à fonte de obtenção das razões justificadoras da aplicação de certa solução jurídica.[772] Enquanto a *analogia legis* consiste na aplicação imediata da *ratio legis* de certa norma ao caso não expressamente regulado, a *analogia juris* consiste na resolução do caso mediante a extração de um princípio geral a partir de variadas normas.[773]

Sem embargo do relevante papel desempenhado historicamente pela construção teórica dos mecanismos de integração no tocante à elucidação da completude do ordenamento jurídico, impõe-se a sua releitura à luz das premissas da metodologia civil-constitucional.[774] Uma primeira consideração a se impor diz respeito à impropriedade da noção de *analogia legis* em sua formulação mais estrita: uma vez que se considere a impossibilidade da existência de dois fatos absolutamente iguais, restaria igualmente impossível a comparação perfeita entre hipótese fática regulada e hipótese fática não regulada.[775]

Uma segunda consideração diz respeito à inadequação do entendimento tradicional

---

carecedores de solução, e que não foram previstos pelo legislador. O julgador, na obrigação de solver os litígios, indaga da lei qual o pensamento que presidiu a sua organização e, de uma disposição semelhante, ou que mais se aproxime do caso a resolver, tira a regra para o julgamento reclamado. É a isto que se chama – processo de analogia jurídica. É ele baseado na coerência do legislador, determinando, para os casos semelhantes, a mesma disposição, senão com as mesmas palavras, ao menos com o mesmo espírito" (COELHO, A. Ferreira. *Codigo Civil dos Estados Unidos do Brasil comparado, commentado e analysado*. Rio de Janeiro: Jornal do Brasil, 1920, p. 132-133).

[772] "No primeiro caso, diz-se analogia legal; no segundo, analogia jurídica. Por aquela, o juiz, por semelhança de motivos, aplica a regra existente ao caso não regulado; por esta, analisando o sistema de legislação, estuda os princípios de direito, dominante em toda ela, para, desta investigação, concluir qual o dispositivo legal existiria, se o legislador tivesse cogitado da hipótese do caso a resolver. É a aplicação da regra – onde há a mesma razão, deve haver a mesma disposição – *ubi eadem legis ratio, ibi ipsa lex*" (COELHO, A. Ferreira. *Codigo Civil dos Estados Unidos do Brasil comparado, commentado e analysado*, cit., p. 133). No mesmo sentido, v., ainda, REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, cit., p. 294.

[773] "A transposição de uma regra, dada para uma hipótese legal, numa outra 'semelhante' a ela, quer dizer, que se há-de considerar igual na sua valoração, denomina-se *analogia legis*; mais apropriada a esse respeito seria a expressão 'analogia particular', porque é aplicada 'analogicamente' uma norma legal particular a uma situação de fato não regulada por ela. Dela se distingue tradicionalmente a denominada *analogia juris*; mais exata é a sua denominação como 'analogia geral'. Aqui, de várias disposições legais que ligam idêntica consequência jurídica a hipóteses legais diferentes, infere-se um 'princípio jurídico geral' que se ajusta tanto à hipótese não regulada em lei como às hipóteses reguladas" (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012, p. 544). O autor prossegue: "A obtenção de um princípio geral por via de uma 'analogia geral' funda-se no conhecimento de que a *ratio legis*, comum a todas as disposições individuais referidas, não diz só respeito aos casos particulares regulados, mas dá-se sempre que existam determinados pressupostos indicados de modo geral" (Ibid., p. 545). Por fim, adverte: "De resto, nem sempre é necessária uma 'analogia geral' para a descoberta de um princípio geral. De vez em quando é suficiente esclarecer a *ratio legis* subjacente a uma disposição legal particular, assim como saber que esta *ratio legis* se refere a um âmbito de casos mais amplo do que o mencionado na lei" (Ibid., p. 551).

[774] A propósito dos contornos gerais da referida metodologia, seja consentido remeter a TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil, cit., *passim*.

[775] "Quanto à *analogia legis*, na perspectiva hermenêutica de individualização da normativa mais adequada à hipótese concreta, se reconhece que jamais duas *fattispecie* serão totalmente iguais, se não for por outro motivo, em razão das diversidades temporais, espaciais e subjetivas que concorrem a individuá-las: dois fatos totalmente iguais são impossíveis" (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 623).

acerca do parâmetro da analogia. Tomada em consideração a aplicabilidade imediata dos princípios a todos os casos, e reconhecida a circunstância de que todas as regras se fundamentam em princípios, não haveria razão para se limitar às regras o mecanismo da analogia, o qual consistiria mais propriamente, na verdade, em um mecanismo de aplicação de princípios.[776]

Uma terceira consideração, por fim, diz respeito à inadequação do tratamento do raciocínio analógico em caráter alegadamente excepcional. De fato, a superação da hegemonia da subsunção em prol da expansão da ponderação como técnica capaz de sopesar todas as normas (regras e princípios) integrantes do ordenamento propicia o reconhecimento da impossibilidade da resolução de um caso mediante a sua imediata subsunção a uma norma. A individualização da normativa do caso concreto depende, ao revés, da consideração do ordenamento em toda a sua unidade e complexidade, reclamando-se postura ativa do intérprete para além da mera postura de "imitador servil da norma", impondo-se o reconhecimento de que toda interpretação é analógica.[777]

Como se nota, avulta nesse renovado paradigma a insuficiência dos modelos legais pré-definidos em matéria de remédios.[778] Sequer parece possível, em realidade, conceber-se uma categoria remedial em termos rígidos, uma vez que somente em perspectiva funcional se pode reconhecer o interesse merecedor de tutela e, assim, se perquirir o instrumento mais efetivo para a implementação dessa tutela no caso concreto.[779] A adoção da perspectiva

---

[776] "Em realidade, a analogia é um modo particular de aplicar os princípios, não um método alternativo. Há uma regra aplicável a um fato mas não aplicável (diretamente) a um outro. Tal outro fato não é disciplinado por nenhuma regra. A regra do primeiro fato, como qualquer regra, é justificada por um princípio. Esse princípio é aplicável também ao fato não regulado: já que sobre o fato não regulado o princípio incide do mesmo modo que no caso regulado assumido como termo de comparação, a regra do primeiro fato é aplicada ao segundo por analogia. A analogia é, portanto, uma hipótese particular de aplicação contemporânea de um mesmo princípio a duas *fattispecie*, princípio concretizado pela regra expressa no primeiro caso e aplicada analogicamente no segundo" (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 7. ed., cit., p. 114. Tradução livre do original).

[777] "De outro ponto de vista, a interpretação é sempre analógica, vez que, a rigor, não se procede por identidade entre norma e fato, mas por semelhança entre as *fattispecie* abstratas previstas nas normas e o fato concreto. (...) A disciplina se constrói por uma série de hipóteses similares. Neste sentido, a interpretação é sempre analógica. (...) A norma reclama um intérprete razoável que saiba seguir o modelo (adaptando – da figura legal – a regra para a figura análoga) para a própria *fattispecie*, não um intérprete que seja um imitador servil da norma; tanto mais que, frequentemente, a normativa a aplicar é fruto de coligações entre mais disposições, ou entre fragmentos de disposições, de modo que não se saberia falar de 'precisa disposição' ou de *analogia legis* ou ainda de *analogia juris*" (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 114. Tradução livre do original).

[778] Assim conclui PERLINGIERI, Pietro. Il "giusto rimedio" nel diritto civile, cit., p. 7.

[779] "*Una 'categoria' dei rimedi, ricavabile dal diritto positivo, se fosse possibile costruirla, si rivelerebbe del tutto inutile. La tematica va affrontata, piuttosto, in chiave funzionale, rifiutando rigidi schemi. Come anticipato, non è l'interesse a strutturarsi attorno al rimedio, ma il rimedio a trovare modulazione in funzione degli interesse considerati dalla fattispecie concreta. Si deve discorrere, insomma, di flessibilità del sistema rimediale*" (PERLINGIERI, Pietro. Il "giusto rimedio" nel diritto civile, cit., p. 4-5). O autor arremata: "*In definitiva, i tentativi di ricostruzione del complesso rimediale operati dalla dottrina risultano per lo più contraddittori e incerti*" (PERLINGIERI, Pietro. Il "giusto rimedio" nel diritto civile, cit., p. 7). Em tradução livre: "Uma 'categoria' dos remédios, derivada do direito positivo, se fosse possível construí-la, se revelaria

remedial, nos termos expostos, constitui autêntico (e inafastável) corolário da premissa metodológica de análise funcional do direito.[780]

A flexibilidade ora associada em caráter geral aos remédios no direito privado, por força das premissas supra analisadas, encontra fundamento positivo direto também na disciplina constitucional, notadamente na garantia de efetividade da tutela jurisdicional dos direitos[781] e nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. No que diz respeito à efetividade,[782] trata-se de garantia passível de recondução ao substrato material extraído da previsão, contida no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, acerca da inafastabilidade do controle jurisdicional.[783]

Cumpre notar, ainda, que uma série de dispositivos do Código de Processo Civil

---

totalmente inútil. A questão deve ser abordada, antes de tudo, em chave funcional, rejeitando esquemas rígidos. Como antecipado, não é o interesse a estruturar-se em torno do remédio, mas o remédio a encontrar modulação em função dos interesses considerados pela *fattispecie* concreta. Deve-se, em suma, discutir a flexibilidade do sistema remedial"; "Em definitivo, as tentativas de reconstrução do complexo remedial operadas pela doutrina resultam, na maior parte, contraditórias e incertas".

[780] Anderson Schreiber assim se refere à perspectiva remedial: "Trata-se, a rigor, de corolário da funcionalização dos institutos jurídicos: a valorização do fim a ser concretizado, em oposição à tradicional abordagem limitada à estrutura, estimula maior preocupação com os mecanismos de realização prática da função" (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 245).

[781] Similar raciocínio é propugnado, à luz da experiência italiana, por PERLINGIERI, Pietro. Il principio di legalità nel diritto civile, cit., p. 196-197; e MAZZAMUTO, Salvatore; PLAIA, Armando. *I rimedi nel diritto privato europeo*, cit., p. 16.

[782] "Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza, portanto, a aproximação , tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social" (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, cit., p. 293. Grifos no original).

[783] Assim conclui a doutrina processualista nacional: "A sua vez, a efetividade está consagrada no art. 5º, XXXV, da CF/1988, pois não é suficiente tão-somente abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações temporais ou formalismos excessivos, que conceda ao vencedor no plano jurídico e social tudo a que faça jus. (...) Advirta-se, além disso, que a efetividade vigora seja em relação ao direito já lesionado seja quanto aquele simplesmente ameaçado (art. 5º, XXXV, da CF/1988), abrangendo assim a tutela preventiva substancial e definitiva, além da meramente provisória ou temporária" (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo, cit., item 3). No mesmo sentido, v., na doutrina civilista, MORAES, Maria Celina Bodin de. Prescrição, efetividade dos direitos e danos à pessoa humana. Editorial a *Civilistica.com*, a. 6, n. 1, p. 1-7, 2017, p. 7. Ao identificar fundamento constitucional da garantia de efetividade dos remédios no âmbito do direito italiano, Adolfo di Majo faz referência à "(...) *prescrizione costituzionale secondo la quale 'tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi' (art. 24 Cost.), prescrizione che, secondo taluno (Andrioli), è indice sicuro di una garanzia di effettività, ma non già nel senso di una astratta 'giustiziabilità' del diritto e/o interesse ma dell'esistenza di un concreto rimedio che ne garantisca la soddisfazione o che comunque ne scoraggi la insoddisfazione*" (MAJO, Adolfo Di. La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processuale, cit., p. 372). O autor prossegue: "*Giova citare al riguardo l'opinione (Taruffo) di chi è del parere che l'esigenza, costituzionalmente garantita, di effettività della tutela, non può ritenersi soddisfatta con la previsione di un qualsiasi rimedio giurisdizionale ma di un rimedio in funzione del contenuto che è proprio del diritto*" (MAJO, Adolfo Di. La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processuale, cit., p. 372). Em tradução livre: "(...) prescrição constitucional segundo a qual 'todos podem agir em juízo para a proteção dos próprios direitos e interesses legítimos" (artigo 24 da Constituição), prescrição que, segundo alguns (Andrioli), é um sinal claro de uma garantia de efetividade, mas não já no sentido de uma abstrata 'justiciabilidade' do direito e/ou interesse, mas da existência de um remédio concreto que garanta a sua satisfação ou que, de qualquer forma, desencoraje a sua insatisfação"; "A este respeito, é útil mencionar a opinião (Taruffo) de quem entende que a exigência, constitucionalmente garantida, de efetividade da tutela não pode se considerar satisfeita com a previsão de um qualquer remédio judicial, mas um remédio em função do conteúdo que é próprio do direito".

refletem o ideal de efetividade da tutela jurisdicional, valendo destacar, exemplificativamente, a previsão do art. 6º do diploma processual, segundo a qual "(T)odos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva". Semelhante ordem de preocupação se reflete na disciplina de diversos temas, tais como os poderes do juiz (art. 139, inciso VI),[784] os instrumentos gerais para a tutela provisória (art. 297), os instrumentos para a tutela provisória de urgência (art. 301), a exibição de documentos (art. 403) e o cumprimento de sentença (art. 536), entre outras.

O imperativo de efetividade, aliás, parece ser a própria razão subjacente à disciplina dispensada pelo Código de Processo Civil ao "julgamento das ações relativas às prestações de fazer, de não fazer e de entregar coisa" (título da Seção IV do Capítulo XIII do Título I do Livro I da Parte Especial) e ao "cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa" (título do Capítulo VI do Título II do Livro I da Parte Especial). Verifica-se, com efeito, uma expressiva preocupação do diploma processual com a garantia de efetividade da tutela das situações jurídicas creditícias em sede de execução ou cumprimento de sentença,[785] sem a previsão de um rol supostamente taxativo dos possíveis mecanismos de tutela.[786]

---

[784] A propósito, a doutrina processual destaca que a abertura do art. 139, IV, do CPC às denominadas *medidas executivas atípicas* traduz a preocupação do legislador de "dar maior efetividade à execução, com vistas a garantir o resultado buscado pelo exequente": "Do exame do dispositivo, verifica-se que o legislador, buscando dar maior efetividade à execução, com vistas a garantir o resultado buscado pelo exequente, ampliou consideravelmente o âmbito de concessão de medidas executivas atípicas, não somente porque trouxe, para a execução pecuniária, possibilidades antes não previstas no Código de Processo Civil/1973, diploma que trazia previsão apenas para deferimento de medidas específicas para garantir o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer, mas também porque, ao permitir a aplicação de todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, teceu e ampliou o leque de possibilidades de medidas a serem deferidas visando à efetividade da tutela, tudo sob o critério exclusivo da criatividade do órgão julgador ou de quem pleiteia tais medidas. Dessa forma, o CPC/15 adotou a atipicidade das medidas executivas como padrão, inclusive para as obrigações de pagar, ampliando sobremaneira a possibilidade de o juiz alcançar o resultado objetivado na execução" (AURELLI, Arlete Inês. Medidas executivas atípicas no Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 307, set./2020, Introdução).

[785] "A execução pode se dar de duas formas, voluntária, cumprida espontaneamente pelo devedor ou forçada, a qual o Estado é chamado a intervir por meio de atos executivos próprios. Será analisada aqui a execução forçada, pois é nela que a maioria dos processos do titular de direito partirá para encontrar os meios de dar efetividade. Isto é, quando o titular de um direito a prestação, seja ela de dar, fazer ou não fazer, recorre ao Poder Judiciário, tendo em vista o seu direito ameaçado ou violado pela conduta de outrem, o Estado/Juiz busca resguardar e dar efetividade a esse direito material, utilizando-se de instrumentos processuais, também chamada de execução forçada" (VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. As medidas atípicas como meio de efetivação das tutelas executivas. *Revista dos Tribunais*, vol. 1005, p. 189-219, jul./2019, item 3.2). Ao tratar dos princípios informadores da execução, a autora afirma que "[o] primeiro princípio a ser destacado na esfera processual é o da efetividade, pois é por meio dele que se exigirá o alcance aos fins que um processo foi instaurado. Isto é, o princípio da efetividade garante o direito fundamental à tutela executiva" (Ibid., item 3.3.1).

[786] Exatamente assim reconhece a doutrina processualista: "A doutrina é tranquila no entendimento de que o rol de formas executivas previsto pelo dispositivo legal [art. 536 § 1º, do CPC], é exemplificativo, o que é corroborado pela utilização da expressão 'tais como' antes da descrição específica das formas executivas constantes do texto legal. Essa interpretação é a única possível à luz da preocupação em municiar o juiz de todos os instrumentos necessários para que a tutela específica ou o resultado prático equivalente sejam efetivamente obtidos no caso concreto" (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 13. ed.

Inspirado aparentemente pela mesma ordem de preocupação, o estatuto processual contém previsões emblemáticas no sentido de se resguardar a situação jurídica creditícia não só pela *tutela específica* em sua feição mais tradicional (no sentido de cumprimento coercitivo, *pelo devedor*, da obrigação inadimplida),[787] mas igualmente pela *tutela pelo resultado prático equivalente* (no sentido de promoção do resultado útil do contrato por meios alternativos à prestação em seus termos originariamente pactuados, sem perder de vista, vale repisar, o resultado útil legitimamente esperado pelo credor).[788] Precisamente nesse sentido, o art. 497 do CPC estabelece que, "[n]a ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente".[789]

Salvador: JusPodivm, 2021, p. 1.189). Tão enfática é a preocupação com a efetividade da tutela jurisdicional em sede executiva que se chega a sustentar que da vedação ao "*non liquet*" (i.e., vedação a que o magistrado abstenha-se de proferir decisão sob alegação de ausência de norma jurídica adequada para a solução do caso concreto ou de dúvida a respeito da justa solução) decorre uma vedação ao que se referiu por "*non factibile*": "A absorção de insegurança citada acima não trará o fim do problema se o provimento concedido não for efetivado. Bem pensadas as coisas, a decisão, no sentido de um ato jurisdicional vazado em texto, não é o que o jurisdicionado busca em grande parte das vezes que aciona a atividade estatal jurisdicional. No Brasil, ao juiz é defeso deixar de julgar alegando não estar convencido da tese vencedora ou não saber qual o direito aplicável ao caso. Mas é preciso ir além. A vedação ao non liquet gera uma consequência lógica. Em regra, não se pode permitir que o judiciário deixe de efetivar prestação certificada em uma decisão ou em título executivo extrajudicial com a justificativa de não ser possível essa realização – o que aqui se batiza de vedação ao *non factibile*. Proibir o non liquet, mas permitir o *non factibile* seria uma contradição. A expressão *non factibile* não advém de nenhum brocardo latino consagrado, mas da tradução, em latim, de algo como "não é factível". A locução traduz certa abstração, equivalendo a: determinado acontecimento (no caso, a realização do título executivo) não é viável, exequível, possível. Preferiu-se não utilizar essa expressão em português para se fazer um paralelo com o non liquet e sua vedação, facilitando, dessa forma, a veiculação da ideia. A proibição do *non factibile* é decorrência lógica do devido processo legal e da própria razão de criação do judiciário, encontrando ainda respaldo no princípio da efetividade" (MINAMI, Marcos Youji. Da vedação ao *non factibile*: uma justificativa às medidas executivas atípicas. *Revista de Processo*, vol. 288, p. 181-208, fev./2019, item 3).

[787] A ilustrar a acepção tradicional, que associa a noção de *execução específica* ao cumprimento, *pelo devedor*, da prestação devida, veja-se: "Cumprimento específico ou cumprimento *in natura* é o remédio pelo qual o credor obtém do devedor o cumprimento da obrigação descumprida, tal como devida" (STEINER, Renata C. Descumprimento contratual: remédios à disposição do credor lesado. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*: pressupostos, evolução e remédios. Volume II. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 313).

[788] "Se o objetivo da tutela específica é propiciar ao demandante o gozo de determinada situação jurídica que é objeto de determinada obrigação, é correto admitir a imposição de outra obrigação desde que, através dela, se possa obter o mesmo resultado perseguido com a obrigação originária. O objetivo da autorização ao juiz de concessão de tutela pelo resultado prático equivalente é viabilizar a tutela da obrigação originária da forma mais adequada possível. Daí a razão pela qual os limites da atuação do juiz, na conversão de uma obrigação em outra, são ditados pela própria obrigação originária – não cabe ao juiz, assim, conceder uma tutela que implique resultado que não esteja na própria obrigação originária" (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 604-605).

[789] Vale destacar que também o Código de Defesa do Consumidor contém previsão expressa a respeito da *tutela pelo resultado prático equivalente*, como se depreende do seu art. 84, *in verbis*: "Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (...) § 5° Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial". A associar o art. 84 do CDC ao amplo movimento de

Ao estabelecer a possibilidade de o julgador,[790] alternativamente à concessão da tutela específica, determinar "providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente", o dispositivo em comento consagra o benfazejo acolhimento, pelo direito brasileiro, do postulado de maximização da efetividade da tutela, ora desprendida dos (potencialmente rígidos) limites da tutela específica tal como historicamente compreendida. Não tardou a doutrina processual, nesse contexto, a reconhecer que, uma vez revisitada em a própria noção de tutela específica – ora associada ao desiderato de "proteção da integridade do direito material",[791] afastando-se dos rígidos limites estruturais que outrora a confinariam à busca pela conduta do devedor –, identifica-se a autêntica convergência entre as noções de

priorização da execução específica no direito brasileiro, afirma-se: "Sucessivas mudanças na legislação processual terminaram por inverter essa lógica, priorizando a tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. E o art. 84 do CDC representou um importante passo nesse movimento de mudança. De fato, o dispositivo consagrou a tutela liminar desse tipo de obrigação; permitiu a imposição de ofício de multas cominatórias; e abriu ao magistrado um leque indeterminado de medidas assecuratórias, ao prever que ele poderia adotar 'providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento'. Essas inovações se mostraram a tal ponto eficazes que, em 1994, foram introduzidas no próprio CPC de 1973 e passaram a reger o procedimento geral de execução de obrigações de fazer e de não-fazer" (CARNAÚBA, Daniel; DIAS, Daniel; REINIG, Guilherme Henrique Lima. O coronavírus e a impossibilidade de cumprimento das obrigações nas relações de consumo. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta (Coord.). *Coronavírus e responsabilidade civil*: impactos contratuais e extracontratuais. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 58).

[790] Cumpre destacar que a doutrina processualista costuma compreender a abertura do art. 497 do CPC para a *tutela pelo resultado prático equivalente* como uma opção legislativa pela flexibilização da exigência de congruência entre pedido e sentença, de modo a legitimar que o magistrado conceda mecanismos de tutela que não tenham sido previstos de modo expresso pela parte, desde que se afigurem adequados à promoção do *resultado prático equivalente*: "Para viabilizar a obtenção da tutela específica, o art. 497, CPC, permite inclusive a prestação de tutela pelo resultado prático equivalente, excepcionando, assim, a regra da congruência entre o pedido e a sentença (arts. 490 e 492, CPC). Vale dizer: permite que a tutela do direito prestada para o autor seja diversa daquela demandada, desde que vise à proteção do mesmo bem da vida" (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 602). V., ainda, DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Volume 5: execução. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 607-608. Na mesma linha de sentido, apresenta-se o seguinte exemplo de aplicação do raciocínio: "O Ministério Público ingressa com ação civil pública pedindo a condenação do réu a diminuir seu tempo de produção em uma hora por dia, afirmando que com essa atitude se obterá uma diminuição de 30% dos agentes poluentes emitidos, o que fará com que o réu limite sua atuação poluente aos limites legais. O juiz acolhe o pedido e condena o réu a instalar determinados filtros em sua chaminé, o que não é exatamente o que pediu o autor (diminuição do tempo de produção), mas que gerará um resultado prático equivalente (diminuição de 30% dos agentes poluentes). Como se pode notar, no plano prático, tanto o pedido especificamente formulado pelo Ministério Público como a condenação representam tutela específica, considerando-se atingem um resultado prático que seria obtido pelo cumprimento voluntário da obrigação do réu de não poluir acima do limite legal" (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 113). Tal construção teórica corrobora o raciocínio ora propugnado: se o magistrado pode, em mitigação do rigor do comando de congruência, conceder mecanismos de tutela (*remédios*) diversos daqueles originariamente concebidos no âmbito de certa relação jurídica, não haveria razão para se rejeitar que também a parte interessada postulasse tais alternativos mecanismos de tutela idôneos à promoção do resultado útil almejado.

[791] "A tutela será tanto mais específica quando mais se aproximar da proteção da integridade do direito material" (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 602).

tutela específica e tutela pelo resultado prático equivalente,[792] de modo a se reconhecer que, "[q]uando se pensa na perspectiva da tutela específica do direito material, o próprio resultado prático equivalente presta a tutela específica".[793]

Diante de todo esse cenário, nota-se que o atendimento aos comandos legais e constitucionais dependerá, necessariamente, não apenas da possibilidade de acesso ao Poder Judiciário ou mesmo da previsão abstrata de instrumentos de tutela, mas sim da admissão dos remédios mais idôneos à tutela efetiva dos interesses reputados merecedores de tutela à luz das peculiaridades de cada caso concreto.[794] Justifica-se, assim, a já referida insurgência contra o formalismo hermenêutico, de modo a se afastar o risco de que a variabilidade e a flexibilidade do sistema remedial sejam prejudicadas por uma interpretação formalista das regras sobre o processo civil.[795] Compreende-se, enfim, a necessidade de releitura do inteiro sistema remedial em perspectiva axiológico-funcional, que permita compreender *remédio* como todo instrumento idôneo a efetivar um interesse merecedor de tutela, na constante busca pela tutela efetiva e adequada das situações juridicamente relevantes.[796]

---

[792] "Note-se, porém, que o art. 497, CPC, fala em prestar a tutela específica ou o resultado prático equivalente, podendo dar a entender, em uma interpretação literal, que o resultado prático equivalente não presta a tutela específica. Porém, o poder de outorga do resultado prático equivalente ao desejado pelo autor não tem outra finalidade a não ser permitir a obtenção da tutela específica do direito material" (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 604). No mesmo sentido, v. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 113.

[793] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 604.

[794] "*Ciò che dunque va ribadito è che l'adeguatezza della tutela non può essere valutata in astratto, con riguardo alla postulazione di un giudizio, quale che poi ne sia l'esito pratico, ma alla congruità del concreto rimedio somministrato (all'esito del giudizio) con l'interesse della cui tutela si tratta*" (MAJO, Adolfo Di. La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processuale, cit., p. 372-373). Em tradução livre: "O que deve ser reiterado é que a adequação da tutela não pode ser avaliada em abstrato, no que diz respeito à postulação de um juízo, qual que então seja o seu resultado prático, mas à congruência do concreto remédio subministrado (ao êxito do juízo) com o interesse de cuja tutela se trata". Pertinente, ainda, a conclusão alcançada na doutrina processualista nacional: "(...) numa perspectiva dinâmica, a efetividade qualificada implica o direito da parte de obter uma decisão de mérito, adaptada às situações materialmente tuteláveis, levando em conta a crise sofrida pelo direito material e sua adequação às formas diferenciadas de tutela e a segurança, que não pode mais ser vista sob a ótica do Estado Liberal, quando prevalecia como valor; significa o direito da parte ao processo justo, pois, mesmo atendido o formalismo do sistema, o processo pode ser injusto ou conduzir a um resultado injusto" (PITERMAN, Marcel. Direito e processo, cit., p. 52). O autor elucida, ainda: "(...) para coordenar e equacionar ambos os planos, visando à concretização de um processo justo, existe, no plano material, o direito à tutela dos direitos e, no plano processual, o direito à tutela jurisdicional. Esta deverá ser sempre uma resposta adequada e efetiva àquela, para que se viabilize a tutela de toda a sorte de direitos (individuais e coletivos)" (PITERMAN, Marcel. Direito e processo, cit., p. 42).

[795] Assim adverte PERLINGIERI, Pietro. Il "giusto rimedio" nel diritto civile, cit., p. 10.

[796] "*Il rifiuto dei tentativi di concettualizzazione e una prospettiva assiologico-funzionale possono indurre a definire rimedio ogni strumento idoneo ad attuare un interesse. Questo non soltanto ne giustifica la previsione ma ne offre altresì la misura: la tutela delle situazioni giuridicamente rilevanti deve sempre essere adeguata ed effettiva*" (PERLINGIERI, Pietro. Il "giusto rimedio" nel diritto civile, cit., p. 8). Em tradução livre: "A rejeição das tentativas de conceituação e uma perspectiva axiológico-funcional podem induzir a definir remédio como todo instrumento idôneo para implementar um interesse. Isso não apenas justifica a sua previsão, mas também oferece a sua medida: a proteção das situações juridicamente relevantes deve sempre ser adequada e efetiva". V., ainda, MESSINETTI, Davide. La sistematica rimediale, cit., p. 104-105.

A menção à *adequação* da tutela aconselha que se retome a menção aos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade como fundamentos complementares da flexibilidade do sistema remedial. A propósito, sem embargo da celeuma já verificada na doutrina publicista – outrora pautada em esforço de enunciação de supostas distinções a respeito das origens históricas, do método de operatividade e dos fundamentos positivos associados aos mencionados princípios –,[797] adota-se no presente estudo a premissa relativa ao reconhecimento da "identidade funcional entre tais categorias",[798] conforme também a doutrina constitucionalista contemporânea tem propugnado.[799] Nesse contexto metodológico, o princípio da razoabilidade-proporcionalidade atua no sentido de impor a realização da ponderação em todo caso concreto, em atenção ao reconhecimento de que "a ponderação revela-se técnica de sopesamento e calibração da incidência normativa", com incidência "diante de regras e de princípios, já que o merecimento de tutela de determinada posição jurídica depende necessariamente da análise da hipótese concreta à luz da totalidade dos vetores normativos de incidência".[800]

Sabe-se que a razoabilidade-proporcionalidade encontra profícuo campo de aplicação no plano do controle de constitucionalidade, uma vez que o princípio em comento funciona como relevante mecanismo de aferição da adequação das normas jurídicas e dos atos administrativos com a Constituição.[801] Tal plano não esgota, contudo, as potencialidade de aplicação da razoabilidade-proporcionalidade. Em realidade, o estágio atual da civilística permite o reconhecimento de que também os remédios vocacionados à tutela dos direitos

---

[797] Pertinentes, a propósito, os relatos fornecidos por BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 4, p. 160-175, jul.-dez.1996, *passim*; BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 166 e ss.; e ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 64-65.

[798] "Verifica-se, contudo, identidade funcional entre tais categorias. A diferença apontada entre tais métodos situa-se, como acima aludido, nas origens históricas e na forma procedimental idealizada para a sua aplicação. A associação usual entre razoabilidade e proporcionalidade *stricto sensu* parece comprovar a afinidade funcional, a demonstrar a tendência do intérprete no sentido de testar a razoabilidade como relação custo-benefício (*bilan coûts-avantages*), a partir de pressuposto lógico de que determinada norma é adequada e necessária (do contrário seria proscrita por antijuridicidade de alguma espécie). Afinal, não se pode mediar intensidade (juízo quantitativo) sem previamente avaliar a adequação e necessidade (juízo qualitativo)" (TEPEDINO, Gustavo. A razoabilidade na experiência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *Da dogmática à efetividade do direito civil*: anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 32).

[799] "O princípio da razoabilidade-proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas em seu fundamento nas ideias de devido processo legal substantivo e na de justiça" (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, cit., p. 292).

[800] TEPEDINO, Gustavo. A razoabilidade na experiência brasileira, cit., p. 33.

[801] "Nesse sentido, ainda quando direitos e liberdades precisem ser restringidos por leis ou atos administrativos (por conta de outros direitos ou fins coletivos considerados relevantes pela própria Constituição), nada justifica que isso seja feito sem observar os parâmetros referidos, que a razoabilidade e a proporcionalidade impõem" (BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 168).

devem ser adequados (não apenas à tábua axiológica constitucional, mas também) ao interesse reputado merecedor de tutela em certo caso concreto. O princípio da razoabilidade-proporcionalidade impõe, assim, que o intérprete-aplicador do direito afira, à luz das vicissitudes do caso concreto, "a adequação e a congruência entre remédios e interesses",[802] sem perder de vista as consequências práticas da decisão judicial definidora do remédio a ser implementado.[803]

À luz dessas premissas, exsurge, em caráter imperioso, o reconhecimento da verdadeira impossibilidade de cisão entre a *definição do interesse merecedor de tutela* e a *individualização do remédio respectivo*. Com efeito, o raciocínio do intérprete-aplicador do direito não se pode perfazer apenas com a identificação dos interesses merecedores de tutela, afigurando-se essencial a investigação sobre os mecanismos de concretização dessa tutela. Trata-se de se questionar: *afinal, qual é a tutela de que é merecedor o interesse?* O estudo dos remédios serve precisamente a investigar os mecanismos mais adequados de tutela dos interesses reputados merecedores de tutela em cada caso concreto.[804] Salta aos olhos, nesse contexto, a relação indissociável entre o direito material civil e o direito processual civil:[805] as normas processuais servem justamente a concretizar a tutela dos interesses reputados merecedores de tutela, razão pela qual não se afigura aconselhável um estudo do direito processual completamente em apartado do direito material.[806]

Advirta-se, por oportuno, que o raciocínio pautado no projeto constitucional de

---

[802] "*Anche nell'àmbito civilistico i criteri di proporzionalità e ragionevolezza, se riletti alla luce dei valori normativi e della loro gerarchia (artt. 54, 101, 117, comma 1, cost.), consentono di cogliere l'adeguatezza e la congruenza tra rimedi e interessi sia sotto il profilo quantitativo (proporzionalità) sia sotto il profilo qualitativo (ragionevolezza)*" (PERLINGIERI, Giovanni. Alla ricerca del 'giusto rimedio' in tema di certificazione energetica. A margine di un libro di Karl Salomo Zachariae. *Rassegna di Diritto Civile*, n. 2, p. 661-672, 2011, p. 665-666). Em tradução livre: "Mesmo no plano civilista, os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, se relidos à luz dos valores normativos e da sua hierarquia (arts. 54, 101, 117, n. 1, da Constituição italiana), permitem depreender a adequação entre remédios e interesses, tanto do ponto de vista quantitativo (proporcionalidade) quanto do ponto de vista qualitativo (razoabilidade)".

[803] Assim sustenta PERLINGIERI, Giovanni. Alla ricerca del 'giusto rimedio' in tema di certificazione energetica, cit., p. 672.

[804] A perspectiva remedial, nos termos ora propugnados, almeja ampliar as perspectivas de operatividade dos mecanismos de tutela, o que não se confunde com uma cogitação de revisitação ou ampliação, por iniciativa do intérprete, dos interesses merecedores de proteção. Trata-se, em suma, de se ampliarem os remédios, o que não se confunde com eventual ampliação dos interesses dignos de proteção, sendo certo que somente a partir da detida análise dos valores agasalhados pelo ordenamento jurídico é que se pode definir, à luz das vicissitudes de cada caso concreto, quais interesses devem ser considerados merecedores de tutela.

[805] A destacar a íntima correlação entre direito material e direito processual é destacada, v., por todos, MORAES, Maria Celina Bodin de. O processo civil constitucionalizado. Editorial. *Civilistica.com*, a. 5, n. 1, p. 1-4, 2016, p. 1. Para o desenvolvimento da análise sobre as relações entre direito material e direito processual, remete-se a CABRAL, Antonio. Da instrumentalidade à materialização do processo, cit., *passim*.

[806] A partir de semelhante ordem de preocupação, colhe-se da doutrina processualista: "(...) as relações entre processo e direito material mudaram drasticamente. Não vejo mais como possível associar processo e jurisdição, tampouco elencar-lhes escopos que sejam totalmente independentes dos direitos materiais" (CABRAL, Antonio. Da instrumentalidade à materialização do processo, cit., p. 95).

efetividade da tutela não autoriza o intérprete a desconsiderar, *ipso facto*, a disciplina estabelecida na legislação processual pelo legislador ordinário. Em realidade, tal como se verifica a propósito das normas substanciais, também a legitimidade das normas processuais decorre da constante investigação da sua compatibilidade, em cada caso concreto, com a tábua axiológica constitucional. Os dispositivos legais refletem, assim, relevantes escolhas legislativas, escolhas essas presumivelmente constitucionais e fruto de uma ponderação prévia e em abstrato do legislador. O que não se pode perder de vista, como ora sustentado, é que tanto a disciplina do direito material quanto a disciplina do direito processual remontam à tábua axiológica constitucional e devem convergir para a efetividade da tutela dos interesses concretamente considerados merecedores de proteção pelo ordenamento. Reconhece-se, assim, que, sem prejuízo da sua autonomia dogmático-científica, ambas as disciplinas concorrem para a individualização da normativa do caso concreto – e, mais especificamente, para a definição do *justo remédio* no caso concreto.

Tais percepções reclamam da doutrina a revisitação da diferenciação estanque com que usualmente se procede acerca do direito material e do direito processual. Afinal, conforme reconhece a doutrina processual, "[o] processo deve se estruturar de modo a permitir a prestação das formas de tutela prometidas pelo direito material", razão pela qual "entre as tutelas dos direitos e as técnicas processuais deve haver uma relação de adequação".[807] Assim, sem qualquer pretensão de insurgência contra a autonomia dogmática das disciplinas, parece imperativo reconhecer que a incindibilidade entre o *juízo de merecimento de tutela* e o *juízo de individualização da tutela merecida* apontam para a correspectiva incindibilidade entre o estudo do direito material e o estudo do direito processual.[808]

A recondução de ambas as disciplinas à tábua axiológica constitucional justifica, assim, que se dedique particular atenção à harmonização entre as respectivas normativas.[809] Tal postura haverá de repercutir, no que mais diretamente importa ao presente estudo, na constante exigência de que a interpretação-aplicação do direito se paute pela promoção da

---

[807] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 602.

[808] Nesse sentido, v. PERLINGIERI, Pietro. Il "giusto rimedio" nel diritto civile, cit., p. 3, nota de rodapé n. 3; e MAJO, Adolfo Di. La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processuale, cit., p. 387.

[809] Pertinente, ao propósito, a lição de Antonio Cabral, a partir do que refere por um movimento contemporâneo de *retorno do processo ao direito material*: "O retorno do processo ao direito material faz com que o procedimento (e suas variações e flexibilizações) devam estar atentos ao direito material e revelar-se em função dele. (...) A relação contemporânea entre direito e processo assume uma configuração coaxial. São eixos convergentes e podem atuar em conjunto transformando as situações processuais e o próprio procedimento, dentro e fora do processo jurisdicional, moldando tanto a regulação primária como a regulação secundária" (CABRAL, Antonio. Da instrumentalidade à materialização do processo, cit., p. 97).

máxima efetividade da tutela jurisdicional dispensada aos interesses reputados merecedores de proteção.[810] Eis os contornos gerais de uma renovada concepção metodológica sobre a flexibilidade do sistema remedial, a repercutir diretamente na compreensão do cabimento dos mecanismos de tutela deflagrados pelo inadimplemento contratual, como se passa a analisar no capítulo subsequente.

Afinal, se a perspectiva formalista deve ser afastada do direito processual, por maioria de razão deve ser afastada dos remédios geralmente disciplinados pelo próprio direito material. Impende, com efeito, reconhecer-se a imprescindibilidade do raciocínio analógico para todo o processo de interpretação-aplicação do direito, a desvelar a possibilidade de uma expansão do sistema remedial (também no direito material) na medida da similitude de *ratio* (i.e., na medida em que assim o impuser o princípio do equilíbrio contratual), sem se perder de vista as legítimas escolhas legislativas. Trata-se, a rigor, de se afastar de uma presunção (no mais das vezes, velada) de que a circunstância de o legislador prever o cabimento de um remédio para certa hipótese fática e não o prever para outra substancialmente idêntica traduziria uma escolha deliberada. Ao revés, deve-se compreender que tal circunstância decorre, no mais das vezes, de contingências históricas e culturais, a evidenciar que a extensão analógica desses remédios traduz um imperativo de sistematização dos mecanismos de tutela do direito civil nos dias atuais.

[810] "Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*, vol. 105, p. 181-190, jan.-mar./2002, item 1).

3. NOVAS PERSPECTIVAS DE ATUAÇÃO DOS REMÉDIOS AO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL

O percurso trilhado nos capítulos antecedentes buscou sedimentar premissas teóricas para a investigação da hipótese central do presente estudo, qual seja: a possibilidade de expansão das hipóteses de cabimento dos remédios ao inadimplemento para além das hipóteses expressamente previstas em lei. Desse modo, tendo sido delineado o escopo do princípio do equilíbrio contratual no direito brasileiro contemporâneo, bem como as suas repercussões sobre a compreensão do inadimplemento contratual e dos traços gerais do respectivo sistema remedial, é chegado o momento de perquirir alguns possíveis novos horizontes que a abordagem ora proposta suscita no âmbito da disciplina dos remédios ao inadimplemento.

Tal propósito, fio condutor do presente capítulo, terá como pontapé inicial a investigação dos influxos de uma perspectiva remedial – axiologicamente orientada pelo princípio do equilíbrio contratual – sobre a revisitação (*rectius*: superação) da taxatividade tradicionalmente (conquanto muitas vezes não explicitamente) atribuída às hipóteses de incidência dos remédios ao inadimplemento contratual (v. item 3.1, *infra*). A partir disso, proceder-se-á ao exame de possíveis repercussões concretas do raciocínio ora propugnado, no intuito de, a um só tempo, testar e ilustrar a viabilidade da tese acerca da possibilidade de expansão do cabimento dos remédios ao inadimplemento para além dos confins das previsões legais expressas. Para tanto, adotar-se-ão como objeto de análise alguns remédios que, a despeito da sua utilidade prática, não têm seu cabimento positivado para a generalidade das hipóteses fáticas de inadimplemento contratual.

Trata-se de remédios passíveis de agrupamento em torno dos mecanismos de revisão contratual (com particular destaque para o remédio da *redução do preço* – v. item 3.2, *infra*) e de conformação de prestações cumpridas de modo imperfeito (com particular destaque para os remédios de *reparo*, *substituição* e *reexecução* – v. item 3.3, *infra*).[811] A propósito, cumpre rememorar a advertência de que a presente tese não almeja delimitar todos os aspectos

[811] Com efeito, não se pretende sustentar uma distinção estanque entre tais grupos de remédios. A organização ora anunciada se pauta em aspectos predominantemente estruturais, pertinentes sobretudo às hipóteses fáticas de inadimplemento contratual ensejadoras de cada um dos remédios a serem analisados. Não se deve perder de vista, portanto, a convergência funcional de tais remédios em torno do escopo de maximização da tutela do equilíbrio contratual, tampouco a convergência das hipóteses fáticas de descumprimento imputável em torno da categoria fundamental do inadimplemento.

relevantes para a completa sistematização dos regimes jurídicos de cada um desses remédios, mas sim perquirir as repercussões do princípio do equilíbrio contratual sobre a expansão do espectro de incidência de tais remédios.

Algumas ulteriores advertências também se impõem. De fato, considerando a precedente enunciação dos remédios que serão investigados a título de aplicações concretas do raciocínio proposto, cumpre fazer menção, a título de explicitação do recorte metodológico, a certos temas que, a despeito de sua indubitável importância prática, não guardam relação direta com o escopo da presente tese e, por essa razão, não constituirão objeto de análise nos itens subsequentes. Esse afastamento em relação ao escopo da tese pode vir a se justificar por diversas razões, tais como: (i) tratar-se de remédios não direcionados à tutela do credor *diante do inadimplemento contratual*; (ii) tratar-se de remédios que, embora vinculados ao inadimplemento contratual, não têm seu espectro de *incidência definido ou expandido por força do princípio do equilíbrio contratual*; (iii) tratar-se de remédios que, embora vinculados ao inadimplemento contratual, não são vocacionados diretamente à *tutela satisfativa* do interesse útil do credor.

No que diz respeito aos remédios não direcionados à tutela do credor diante do inadimplemento contratual, cumpre fazer menção, ao menos, aos remédios destinados à tutela de vicissitudes originárias da relação contratual e aos remédios vocacionados a atuar diante de vicissitudes supervenientes inimputáveis. A ilustrar os mencionados grupos de remédios alheios ao escopo da presente tese, pode-se mencionar, como exemplo de remédios direcionados à tutela de vicissitudes originárias, a declaração de nulidade e a anulação do negócio jurídico inválido e os correlatos mecanismos de conversão e redução;[812] e, como exemplo de remédios vocacionados à tutela de vicissitudes supervenientes inimputáveis, a renegociação,[813] a revisão e a resolução deflagradas pela onerosidade excessiva.[814] Esses

[812] A doutrina especializada elucida que os mecanismos de *conversão* e *redução* constituem aplicações específicas do princípio da conservação dos negócios jurídicos na seara das invalidades negociais: "Embora se cogite da aplicação do princípio de forma autônoma, isto é, pela simples manutenção de alguns ou de todos os efeitos do negócio em decorrência da ponderação dos interesses em jogo no caso concreto, a conservação do negócio jurídico é mais frequentemente invocada na forma de aplicações especificamente previstas em lei, particularmente no que tange a dois subprincípios, a saber, o da conversão do negócio jurídico e o da redução do negócio jurídico" (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., p. 299).

[813] O desenvolvimento teórico acerca do *dever de renegociar* na experiência brasileira é tributário, em larga medida, da proposição de SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 275 e ss. Para uma análise acerca do desenvolvimento do tema na experiência estrangeira, v., por todos, na doutrina alemã, LÜTTRINGHAUS, Jan D. Verhandlungspflichten bei Störung der Geschäftsgrundlage: ein Beitrag zur Dogmatik und Durchsetzung von Anpassungsanspruch und Verhandlungspflichten nach § 313 Abs. 1 BGB. *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 213, p. 266-298, 2013, *passim*; na doutrina italiana, MAGRI, Geo. Rinegoziazione e revisione del contratto. Tribunale di Roma, Sez. vi, 27 agosto 2020. *Revista de Derecho Privado*, n. 41, p. 397-418, jul.-dez./2021, *passim*; na doutrina francesa, CEDRAS, Jean. L'obligation de négocier. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, n. 2, p. 265-290, 1985, p. 283 e ss.

exemplos têm em comum a circunstância de não constituírem remédios vocacionados à satisfação do exclusivo interesse do credor diante do inadimplemento contratual, razão pela qual não se adequam ao escopo estrito da presente tese.

Igualmente escapam ao escopo desta tese certos temas que, conquanto se relacionem com a hipótese de inadimplemento contratual, não consistem em repercussões do conteúdo ora proposto para o princípio do equilíbrio contratual sobre a expansão do espectro de cabimento de remédios postos à disposição do contratante inocente diante do inadimplemento contratual. Pense-se, a esse respeito, nos remédios que já desfrutam de previsão (legal ou contratual) expressa, sem que se coloque em discussão a expansão do seu espectro de cabimento com base no princípio do equilíbrio contratual. Assim sucede, por exemplo, com a denominada "execução pelo equivalente pecuniário", que não tem suscitado reflexões propriamente a respeito da expansão do seu âmbito de incidência, embora tantas outras inquietações haja a respeito do tema (v. item 3.1, *infra*).

Vale mencionar, ainda a título de exemplificação de remédios cujo âmbito de cabimento não demanda releitura à luz do princípio do equilíbrio contratual, aqueles cujo espectro de incidência tenha sido definido por estipulação consensual dos contratantes. A estipulação consensual do espectro de incidência de remédios pode se operacionalizar, por exemplo, mediante a previsão de cláusula resolutiva expressa – que pré-estipula as hipóteses de inadimplemento que ensejarão a incidência do remédio da resolução contratual –[815] ou, ainda, mediante a chamada "cláusula de remédio exclusivo" ou "cláusula de único remédio" – que se caracteriza por pré-definir um único remédio passível de implementação diante de eventual configuração do inadimplemento contratual.[816] Também podem ser mencionados, a

---

[814] Sem embargo da farta produção bibliográfica a respeito dos remédios deflagrados pela onerosidade excessiva, v., por todos, na doutrina contemporânea, BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *Revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 69 e ss.; e DIAS, Antônio Pedro Medeiros. *Revisão e resolução do contrato por excessiva onerosidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, *passim*.

[815] Tal expediente, o qual se tornará a analisar adiante, afigura-se passível de vinculação até mesmo a contratos distintos do contrato de cuja resolução se cogita, como poderia suceder a partir da conjugação da cláusula resolutiva expressa com a lógica subjacente às denominadas cláusulas de "*cross default*". A propósito das cláusulas de "*cross default*", afirma-se: "Dessa forma, a marca distintiva da cláusula de cross default parece residir em prever que se considera violado o contrato em questão também por meio do descumprimento de deveres constantes de outros contratos, isto é, ultrapassando as fronteiras do princípio da relatividade dos efeitos do contrato" (KONDER, Carlos Nelson. Questões atuais da conexão entre contratos. In: COELHO, Fábio Ulhoa; TEPEDINO, Gustavo; LEMES, Selma Ferreira (Coord.). *A evolução do direito no século XXI*. Seus princípios e valores – ESG, liberdade, regulação, igualdade e segurança jurídica. Homenagem ao Professor Arnoldo Wald. Volume 2. São Paulo: Editora IASP, 2022, p. 120).

[816] "A cláusula de remédio exclusivo – conhecida como *sole remedy* ou *exclusive remedy clause* – também foi trazida da prática contratual anglo-saxônica e é fundamentada na autonomia negocial como forma de alocação positiva de riscos contratuais. Essa cláusula constitui a definição contratual dos 'meios de reação das partes a uma perturbação contratual', que pode ser a situação de defeito do negócio jurídico por erro ou dolo ou o âmbito da reação do credor caso haja o inadimplemento da prestação pelo devedor" (SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos; LOPES, Marília. Notas sobre a responsabilidade contratual do alienante pela violação das cláusulas de

propósito da ilustração da atuação da autonomia privada para a definição do cabimento de remédios ao inadimplemento, os ajustes instituidores de garantias reais, que suscitam mecanismos próprios de tutela convencionados pelas partes,[817] tal como a prerrogativa de excussão do bem hipotecado para que o credor possa utilizar o produto da alienação para satisfazer seu crédito.[818]

Por fim, cumpre aludir aos remédios que, embora vinculados ao inadimplemento contratual, não são vocacionados diretamente à tutela satisfativa do interesse útil do credor. Nesse diapasão, vale mencionar aqueles que, embora incidentes no âmbito do inadimplemento contratual, ostentam caráter meramente dilatório, i.e., não diretamente direcionados à satisfação do interesse do credor (caso da exceção de contrato não cumprido e do direito de retenção),[819] bem como os remédios que, ao revés da promoção do interesse útil do credor,

---

declarações e garantias nos contratos de alienação de participação societária representativa de controle. In: TEPEDINO, Gustavo; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos; PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos (Coord.). *Direito civil constitucional*: a construção da legalidade constitucional nas relações privadas. Indaiatuba: Foco, 2022, p. 325). Trata-se de estipulação convencional que "representa a renúncia prévia à utilização de quaisquer outros remédios supostamente cabíveis" (Ibid., p. 327).

[817] "O adimplemento requer, necessariamente, a cooperação do devedor, que, contudo, pode se comportar de modo diverso do prometido. Em outras palavras, há o risco de violação do direito de crédito, deixando o devedor de executar a prestação devida. Diante dessa eventualidade, a ordem jurídica coloca à disposição do credor diversos instrumentos destinados a assegurar a produção do resultado útil que realiza o interesse do credor, a despeito da ausência de cooperação do devedor ou até mesmo contra a vontade deste. São, nesse sentido, instrumentos substitutivos do adimplemento, que conduzem à extinção satisfativa do crédito. (...) Os direitos reais de hipoteca e penhor, por sua vez, autorizam o credor a promover a venda do bem dado em garantia, caso o devedor não cumpra sua obrigação, assistindo àquele o direito de apropriar-se do preço apurado até o montante que lhe é devido. Assim, ainda que por meio diverso da fiança, tais garantias reais visam, igualmente, à satisfação do crédito e à consequente extinção do débito, independentemente da conduta do devedor" (RENTERIA, Pablo. *Penhor e autonomia privada*, cit., p. 111). No mesmo sentido, v. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MORAES, Maria Celina Bodin de; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Apresentação a GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MORAES, Maria Celina Bodin de; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Coord.). *Direito das garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 7.

[818] Como dispõe o art. 1.422 do Código Civil, *in verbis*: "O credor hipotecário e o pignoratício têm o direito de excutir a coisa hipotecada ou empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade no registro. (...)".

[819] De fato, a natureza dilatória (e não peremptória) das exceções em comento se relaciona à circunstância de que o seu manejo não exime o excipiente definitivamente de responsabilidade, apenas suspendendo provisoriamente a exigibilidade da sua prestação até que o excepto cumpra o que lhe é devido em primeiro lugar (ou simultaneamente, se for o caso). Nesse sentido, a ressaltar a natureza dilatória da exceção de contrato não cumprido, v., por todos, na doutrina pátria, SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Exceções substanciais*, cit., p. 192-198; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo VI. Atual. Otavio Luiz Rodrigues Junior *et alii*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 75-76; na doutrina portuguesa, VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Volume I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 402; na doutrina italiana, CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Volume I. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 350; e, na doutrina alemã, TUHR, Andreas von. *Tratado de las obligaciones*. Trad. W. Roces. Granada: Comares, 2007, p. 17. Também o direito de retenção tem a sua natureza dilatória destacada pela doutrina, como se depreende, por todos, de ESPINOLA, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações*: obrigações solidárias e indivisíveis. Atual. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005, p. 273. Para o desenvolvimento da análise de alguns atributos gerais caros aos regimes da exceção de contrato não cumprido e do direito de retenção, seja consentido remeter, respectivamente, a SILVA, Rodrigo da Guia. Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido, cit., *passim*; e SILVA, Rodrigo da Guia. Direito de retenção: subsídios para o delineamento de uma teoria geral. In: MONTEIRO FILHO, Carlos

estão vocacionados à reparação de danos injustos decorrentes do inadimplemento contratual. No que diz respeito a essa última observação, assume-se no presente trabalho a premissa (desenvolvida mais detidamente no item 3.2, *infra*) de que nem todo inadimplemento acarreta dano indenizável,[820] sendo certo que a presente tese tem por escopo o exame dos remédios *ao inadimplemento*, e não os remédios *ao dano (contratual)* – tarefa para a qual se haveria de aprofundar, por exemplo, a análise da controvérsia atinente à definição de qual seria o interesse contratual (o positivo ou o negativo) relevante para a definição do *quantum debeatur* no âmbito da responsabilidade civil contratual deflagrada seja pelo inadimplemento absoluto, seja pela mora.

3.1. Repercussões de uma perspectiva remedial sobre o reconhecimento da não taxatividade das hipóteses de incidência dos remédios ao inadimplemento

A adoção de uma perspectiva remedial nos termos propugnados (v. item 2.3, *supra*) repercute diretamente na compreensão dos *mecanismos de tutela deflagrados pelo inadimplemento contratual* (não por acaso referidos como *remédios ao inadimplemento*), historicamente caracterizados, não apenas no Brasil mas também em outros países da família romano-germânica, pela ausência de um tratamento legislativo sistemático.[821] Desse modo, ao propiciarem novos horizontes para a compreensão da disciplina relativa aos remédios ao

---

Edison do Rêgo (Coord.). *A reforma dos direitos reais*: a caminho da unidade dos direitos patrimoniais. Rio de Janeiro: Processo, 2020, *passim*.

[820] Já advertia Agostinho Alvim: "Os requisitos ou pressupostos da obrigação de indenizar são três: o prejuízo, a culpa e o nexo causal. Tais requisitos tanto dizem respeito à culpa aquiliana como à contratual" (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 177). O autor enuncia exemplos aptos a ilustrar a possibilidade de configuração de inadimplemento contratual sem produção de dano deflagrador da pretensão indenizatória: "Podemos supor inúmeros casos: o locatário que, não obstante proibição por parte do senhorio, subloca o imóvel, mas findo o contrato, o restitui, em perfeito estado de conservação; o procurador, incumbido de levar a registro, para inscrição, uma escritura de hipoteca, mas que, por negligência, deixa de fazê-lo, acontecendo, porém, que, vencida a dívida, o devedor paga pontualmente o a que está obrigado. Em tais casos, e noutros semelhantes, a infração é fora de dúvida; mas, dada a inexistência de prejuízo, nenhuma indenização será devida" (Ibid., p. 181-182).

[821] De fato, não se trata de peculiaridade da experiência brasileira, como evidencia a lição de Michele Giorgianni à luz da experiência italiana: "*D'altro canto la ricerca di princìpi generali in questa materia può essere assai utile anche per la comprensione della frammentaria disciplina dettata dal legislatori nei singoli contratti, nella quale permangono non pocchi dubbi interpretativi il più spesso originati dalla mancanza di una visione unitaria dei rimedi sul piano generale dell'inadempimento*" (GIORGIANNI, Michele. *L'inadempimento*, cit., p. 34). O autor arremata: "*L'escursione compiuta sull'accidentato terreno della disciplina dell'adempimento inesatto, viene a confermare la necessità di sistemazione della difficile materia*" (Ibid., p. 44). Em tradução livre: "Por outro lado, a busca por princípios gerais nesta matéria pode ser muito útil para a compreensão da disciplina fragmentária ditada pelos legisladores nos singulares contratos, em que não são poucas as dúvidas interpretativas, muitas vezes oriundas da falta de um visão unitária dos remédios no plano geral do inadimplemento"; "A excursão completa sobre o acidentado terreno da disciplina do adimplemento inexato vem a confirmar a necessidade de sistematização da difícil matéria".

inadimplemento, as premissas teóricas previamente expostas contribuem para o aperfeiçoamento dessa autêntica "questão fundamental no direito contratual"[822] – a delimitação do justo remédio a incidir em cada específica hipótese concreta. De fato, a questão central da disciplina das patologias obrigacionais consiste justamente em definir os remédios destinados a tutelar o credor[823] diante do inadimplemento.[824]

A dificuldade ínsita à tarefa de definição do remédio mais adequado à tutela do credor diante do inadimplemento contratual se agrava sobremaneira em razão do caráter assistemático do tratamento dispensado pelo direito brasileiro aos remédios ao inadimplemento, que tem origem na ausência de uma disciplina própria e de contornos gerais para essa matéria. Afinal, como se buscará expor mais detidamente na sequência, os remédios ao inadimplemento – tal como a generalidade dos remédios às vicissitudes supervenientes – são disciplinados de modo fragmentário e sem preocupação por uma sistematização pautada no reconhecimento dos seus pontos de convergência e de divergência, o que dificulta a própria compreensão acerca do possível espectro de incidência dos remédios ao inadimplemento predispostos pelo ordenamento jurídico. Esse caráter assistemático dos remédios ao inadimplemento se evidencia a partir da análise do dado normativo brasileiro, farto em exemplos do fenômeno ora identificado.

Tem-se valioso ponto de partida na disciplina dispensada pelo Código de Defesa do Consumidor à *responsabilidade por vício do produto e do serviço* (arts. 18 e ss. do CDC), que corresponde a uma autêntica regulação da *responsabilidade do fornecedor por inadimplemento contratual* (v. item 2.2, *supra*). Pense-se, inicialmente, nas previsões do CDC

---

[822] "*A fundamental question in the law of contract is what should be the remedy for breach of contract*" (MEDINA, Barak. Renegotiation, 'Efficient Breach' and Adjustment: The Choice of Remedy for Breach of Contract as a Choice of a Contract-Modification Theory. In: COHEN, Nili; MCKENDRICK, Ewan (Coords.). *Comparative Remedies for Breach of Contract*. Oxford-Portland: Hart, 2005, p. 51). Em tradução livre: "Uma questão fundamental no direito contratual é qual deve ser o remédio para o inadimplemento do contrato".

[823] Advirta-se que o emprego das expressões "credor" e "devedor", embora consagrado pela práxis, não afasta as premissas metodológicas deste trabalho sobre a complexidade subjetiva e objetiva da relação obrigacional. Com efeito, do ponto de vista subjetivo, reconhece-se a configuração da relação obrigacional a partir da contraposição não entre sujeitos necessariamente pré-determinados, mas entre centros de interesse compostos por situações jurídicas subjetivas, com destinação ao menos potencial a uma titularidade (cf. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 734). Do ponto de vista objetivo, vislumbra-se a complexidade obrigacional, em superação do modelo estático de contraposição entre direito subjetivo e obrigação, em prol de uma percepção dinâmica da pluralidade de interesses e situações jurídicas integrantes do regulamento contratual (cf., entre outros, LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I, cit., p. 37; BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*, cit., p. 28 e ss.; e SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*, cit., *passim*).

[824] "A rica variedade de situações de inadimplemento, e as diversas classificações construídas pela doutrina em torno da noção, remetem à mais importante questão no campo da patologia obrigacional que é a de identificar os remédios, ou melhor, as soluções que o ordenamento jurídico disponibiliza à parte prejudicada com a inexecução da obrigação" (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado*. Volume IV: direito das obrigações. São Paulo: Atlas, 2008, p. 345-346).

relativas ao direito do consumidor ao *reparo* (art. 18, *caput* e § 1º)[825] e à *substituição* do produto (arts. 18, § 1º, I, e § 4º, e 19, III),[826] à *reexecução* do serviço (art. 20, I),[827] bem como ao *abatimento proporcional do preço* (arts. 18, § 1º, III, 19, I, e 20, III).[828]

Parece quase intuitivo que, diante do inadimplemento contratual decorrente do *vício* do produto ou serviço, possa o consumidor exercer as prerrogativas vocacionadas a promover a conformação da prestação mal cumprida àquele padrão a que se comprometera o fornecedor. Justamente a esse desiderato se dedicam os remédios de *reparo*, *substituição* e *reexecução*: diante do vício presente no produto ou no serviço, atribui-se ao consumidor o direito de exigir que a realidade das coisas seja readequada com vistas à conformação entre o estado concreto do produto ou serviço e o padrão prometido pelo fornecedor, o que pode vir a ser implementado mediante reparo ou substituição do produto com vício, ou reexecução do serviço com vício. Evita-se, a partir da opção do consumidor pelo exercício de tais remédios, a resolução do contrato (prevista implicitamente pelos arts. 18, § 1º, II, e 19, IV, do CDC, que aludem à consequência mais comum da resolução – "a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos").

Igualmente intuitiva parece a possibilidade de que o consumidor, diante da ausência de

---

[825] Art. 18, *caput* e § 1º, do CDC: "Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. § 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: (...)".

[826] Art. 18, § 1º, I, e § 4º, do CDC: "§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; (...) § 4° Tendo o consumidor optado pela alternativa do inciso I do § 1° deste artigo, e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1° deste artigo. (...)". Art. 19, III, do CDC: "Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: (...) III - a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios; (...)".

[827] Art. 20, I, do CDC: "O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível; (...)".

[828] Art. 18, § 1º, III, do CDC: "§ 1° Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: (...) III - o abatimento proporcional do preço. (...)". Art. 19, I, do CDC: "Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - o abatimento proporcional do preço; (...)". Art. 20, III, do CDC: "O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: (...) III - o abatimento proporcional do preço".

reparo tempestivo do produto com vício de qualidade,[829] prefira promover o abatimento proporcional do preço (com a restituição de eventual valor – excedente ao preço final após o abatimento – porventura já pago) em lugar de postular a conformação do produto (mediante reparo ou substituição) ou a resolução do contrato (também prevista implicitamente, ora pelo art. 20, II, do CDC, que alude à consequência mais comum da resolução – "a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos"). Do mesmo modo, diante de vício de quantidade do produto, parece natural que possa o consumidor optar por promover o abatimento proporcional do preço em vez de submeter-se ao possível desgaste de exigir a "complementação do peso ou medida" (art. 19, II, do CDC) ou "a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios" (art. 19, III, do CDC).

À primeira vista, poderia parecer que os aludidos remédios previstos no CDC são exclusivos das relações de consumo, como se houvessem sido postos pelo legislador à tutela do consumidor por força da sua presumível vulnerabilidade. Não se vislumbra, contudo, razão para se associarem tais remédios diretamente ao aspecto da vulnerabilidade. Com efeito, trata-se de remédios vocacionados diretamente à tutela do interesse útil do credor diante do inadimplemento contratual, de modo a se afigurar razoável esperar-se que também nas relações não consumeristas o ordenamento atribua similares remédios aos contratantes diante das variadas manifestações possíveis de inadimplemento.

Com efeito, a análise do direito positivo confirma tal impressão – conquanto sem a generalização necessária para a mais adequada operatividade do sistema remedial. No que diz respeito à redução proporcional do preço,[830] basta um breve passar de olhos sobre a disciplina dos vícios redibitórios para se perceber que o legislador, na esteira da milenar tradição

[829] No prazo de 30 (trinta) dias a que alude o art. 18, § 1º, do CDC, *in verbis*: "§ 1° Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: (...)". A necessidade de observância do referido prazo é afastada nas hipóteses de que trata o § 3º do mesmo art. 18: "§ 3° O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1° deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial".

[830] A bem da verdade, a redução proporcional *do preço* traduz apenas uma das variadas hipóteses de atuação de um remédio mais amplo concernente à redução proporcional *da prestação*, conforme adverte a doutrina especializada em matéria de vícios redibitórios: "Embora seja talvez o caso mais comum na prática, a contraprestação à entrega de um bem não corresponde, necessariamente, ao pagamento de um preço – ainda que via de regra traduza um valor. É que o vício redibitório, como se viu, embora tenha no contrato de compra e venda seu '*habitat* natural mais frequente', no direito civil brasileiro não se restringe a esse negócio típico. Seguindo-se essa ordem de ideias, é mais adequado falar-se, portanto, em redução ou abatimento da contraprestação, e não do preço, como faz o legislador" (GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro*, cit., p. 108). A partir de tal compreensão, não se devem necessariamente tomar as menções deste estudo à redução proporcional do preço em sentido de exclusão das perspectivas de redução proporcional de outras prestações que não a prestação de pagamento do preço.

romanista,[831] atribui ao adquirente a faculdade de optar entre a resolução do contrato e o "abatimento no preço" (art. 442 do Código Civil),[832] a estabelecer uma clara identidade funcional entre a prerrogativa ínsita à ação estimatória *ex vi* do art. 442 do Código Civil e a prerrogativa de redução proporcional do preço nos termos do diploma consumerista.[833] Também no âmbito da evicção se nota similar orientação a partir da previsão do direito do evicto a receber o preço, que "será o do valor da coisa, na época em que se evenceu", em montante "proporcional ao desfalque sofrido, no caso de evicção parcial" (art. 450, p.ú., do Código Civil).[834]

Idêntica prerrogativa é prevista na disciplina de alguns específicos tipos contratuais. Assim sucede, por exemplo, na compra e venda *ad mensuram*: caso a área efetivamente disponibilizada pelo vendedor não corresponda às dimensões prometidas, o comprador "terá o direito de exigir o complemento da área, e, não sendo isso possível, o de reclamar a resolução do contrato ou abatimento proporcional ao preço" (art. 500, *caput*, do CC).[835][836] Mais uma vez, está-

[831] A propósito, pertinente o relato fornecido por Renato Resende Beneduzi: "Suponha-se uma compra e venda (...). Tício vende a Semprônio uma coisa qualquer – um jumento, por exemplo – com um vício oculto. O direito civil, em princípio, não fazia responsável por ele o alienante, a não ser que celebrada, entre as partes contratantes, um contrato distinto e destinado a garantir os vícios, denominado *stipulatio.* O desenvolvimento do comércio em Roma tornou a solução do direito civil inadequada. 'Visando a reprimir as fraudes cometidas pelos vendedores (em geral, estrangeiros) contra os compradores de animais ou de escravos', os edis curuis, encarregados do poder de polícia nos mercados, partindo do pressuposto de que o vendedor deva conhecer aquilo que vende, passaram a exigir dos comerciantes a exposição dos vícios das coisas que negociavam. Ao comprador lesado pelo vício oculto, como passaram a autorizar os editos dos edis curuis, nasciam duas ações distintas. O título primeiro do livro 21 do Digesto as apresenta: '*De aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris*'. A primeira, redibitória, destinada à resilição do negócio; a segunda, estimatória – ou *quanti minoris* -, destinada ao abatimento proporcional. Gaio as descreve em seus comentários ao edito curul (...)" (BENEDUZI, Renato Resende. De concurrentibus actionibus *e o concurso de demandas*, cit., p. 84-85).

[832] Art. 442 do Código Civil: "Em vez de rejeitar a coisa, redibindo o contrato (art. 441), pode o adquirente reclamar abatimento no preço".

[833] A ilustrar o reconhecimento da convergência funcional entre *vício redibitório* e *vício do produto*, veja-se: "Vício redibitório é o defeito oculto de que portadora a coisa objeto de contrato comutativo, que a torna imprópria ao uso a que se destina, ou lhe prejudica sensivelmente o valor. É assim que, *mutatis mutandis*, todos os escritores o definem, e que o Código Civil entende no art. 441. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor estende a garantia por defeitos nos produtos de consumo duráveis ou não, à desconformidade em relação às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas contudo as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas (Lei nº 8.078, de 13.09.1990, art. 18)" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume III. 16. ed., cit., p. 105).

[834] Art. 450, p.ú., do Código Civil: "(...) Parágrafo único. O preço, seja a evicção total ou parcial, será o do valor da coisa, na época em que se evenceu, e proporcional ao desfalque sofrido, no caso de evicção parcial".

[835] Art. 500 do Código Civil: "Se, na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento da área, e, não sendo isso possível, o de reclamar a resolução do contrato ou abatimento proporcional ao preço. (...)".

se diante de específica manifestação de inadimplemento ao qual o legislador dispensou o remédio revisional na modalidade de abatimento proporcional do preço.[837] Não por acaso, de longa data já se encontra em doutrina o reconhecimento da similitude entre a disciplina da venda *ad mensuram* e a dos vícios redibitórios.[838]

No âmbito do contrato de empreitada, na hipótese de o empreiteiro afastar-se das instruções recebidas, dos planos dados ou das regras técnicas do trabalho, faculta-se ao dono da obra que, em vez de rejeitá-la por inteiro, a receba com abatimento no preço (art. 616 do CC).[839] Aliás, não surpreende que também esta específica hipótese de inadimplemento contratual[840] seja

---

[836] A destacar a similitude entre a disciplina da venda *ad mensuram* e a dos vícios redibitórios, Clóvis Beviláqua afirma: "A quantidade garantida considera-se uma qualidade do imóvel, e, se ela não existe, a situação é a mesma da coisa viciada, que pode ser rejeitada pelo comprador, se não preferir abatimento no preço" (BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Volume IV. 8. ed. Atual. Achilles Beviláqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1950, p. 303). Na mesma linha de sentido, destaca-se: "Quando o contrato tem por objeto *venda de terras*, pode ocorrer que, na medição realizada posteriormente, seja apurada a falta de correspondência entre a área efetivamente encontrada e as dimensões dadas. A diferença poderá ser para mais ou para menos, como pode variar de extensão, proporcionalmente ao que consta do título, sendo desta sorte, um *defeito*, equiparável ao *vício redibitório*" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume III. 20. ed. Atual. Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 88). Em sentido contrário, v. CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente no ponto de vista prático*. Volume XVI. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, p. 155-156; LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Código Civil*. Volume 6. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 115-117; e WALD, Arnoldo. *Direito civil*. Volume 3. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 36.

[837] No sentido de identificar a ocorrência de hipótese específica de inadimplemento, veja-se a lição de Carvalho Santos: "No caso, houve garantia do vendedor de que o objeto da venda era aquele, com tais requisitos. A convenção é formal: as partes ajustaram sobre coisa determinada e só esta pode ser entregue pelo vendedor. Do contrário, estará descumprindo o combinado, entregando uma quantidade, havendo vendido outra" (CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente no ponto de vista prático*. Volume XVI, cit., p. 155).

[838] "A quantidade garantida considera-se uma qualidade do imóvel, e, se ela não existe, a situação é a mesma da coisa viciada, que pode ser rejeitada pelo comprador, se não preferir abatimento no preço" (BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Volume IV, cit., p. 303). Na mesma linha de sentido, destaca-se: "Quando o contrato tem por objeto *venda de terras*, pode ocorrer que, na medição realizada posteriormente, seja apurada a falta de correspondência entre a área efetivamente encontrada e as dimensões dadas. A diferença poderá ser para mais ou para menos, como pode variar de extensão, proporcionalmente ao que consta do título, sendo desta sorte, um *defeito*, equiparável ao *vício redibitório*" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume III. 20. ed., cit., p. 88). Em sentido contrário, a rejeitar tal associação, v. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Código Civil*. Volume 6., cit., p. 115-117.

[839] Art. 616 do Código Civil: "No caso da segunda parte do artigo antecedente, pode quem encomendou a obra, em vez de enjeitá-la, recebê-la com abatimento no preço".

[840] A identificar efetiva configuração de inadimplemento contratual na hipótese em comento, cf. NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Volume 3. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 312; LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil*. Volume 7. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 284-284; e TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume II, cit., p. 354-357.

comumente referida em doutrina como integrativa da sistemática dos vícios redibitórios.[841] No que tange à disciplina do contrato de seguro de vida, na hipótese de inadimplemento do prêmio por parte do segurado, faculta-se ao segurador que, em vez da resolução (com restituição da reserva já formada), opte pela "redução do capital garantido proporcionalmente ao prêmio pago" (art. 796, parágrafo único, do CC).[842]

E não apenas o abatimento proporcional do preço, mas também outros remédios previstos pela normativa consumerista encontram paralelos em outras leis especiais. Valiosos exemplos são fornecidos, ilustrativamente, também pela Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG, sigla originada da denominação oficial em inglês – *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*), promulgada no plano nacional pelo Decreto Presidencial nº. 8.327/2014, conforme histórico a que já se pôde fazer menção no item 1.1, *supra*. A análise da CISG se afigura de grande relevância para a investigação ora empreendida, uma vez que tal Convenção integra o direito positivo brasileiro e incide sobre uma considerável pluralidade de relações contratuais de compra e venda internacional de mercadorias.[843]

---

[841] "Trata-se de disposição evidentemente semelhante àquela prevista na disciplina dos vícios ocultos. Sempre pensando-se na conveniência do credor, poderá este receber a coisa no estado em que se encontra, e para tanto abaterá do preço o valor da diminuição patrimonial que tiver sofrido" (LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil*, cit., p. 286). Em sentido semelhante, cf. BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Vícios redibitórios. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 495; e TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume II, cit., p. 357. A evidenciar a identidade funcional entre tal prerrogativa e aquela conferida ao adquirente pelo já mencionado art. 442 do Código Civil, a doutrina destaca que também o art. 616 do Código Civil consagra autêntica "ação estimatória (apelidada de ação *quanti minoris*)": "O art. 616 [do Código Civil] complementa a norma que lhe precede, estabelecendo alternativa ao dono da obra quando a coisa é entregue em desconformidade com suas diretrizes. Poderá este optar pela não desconstituição da relação jurídica, ficando com a coisa com abatimento proporcional do preço em razão do descumprimento das instruções e das normas técnicas. A hipótese é de ação estimatória (apelidada de ação *quanti minoris*)" (ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Código Civil comentado*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 681-682).

[842] Art. 796 do Código Civil: "Art. 796. O prêmio, no seguro de vida, será conveniado por prazo limitado, ou por toda a vida do segurado. Parágrafo único. Em qualquer hipótese, no seguro individual, o segurador não terá ação para cobrar o prêmio vencido, cuja falta de pagamento, nos prazos previstos, acarretará, conforme se estipular, a resolução do contrato, com a restituição da reserva já formada, ou a redução do capital garantido proporcionalmente ao prêmio pago". Para uma análise acerca do conceito de *garantia* no contrato de seguro (relevante para a compreensão da redução proporcional da prestação ora em comento), remete-se a MIRAGEM, Bruno; PETERSEN, Luiza. *Direito dos seguros*. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 120 e ss.

[843] A propósito do campo de aplicação da CISG, vale destacar as previsões constantes dos seus arts. 1º e 2º, *in verbis*: "Artigo 1. (1) Esta Convenção aplica-se aos contratos de compra e venda de mercadorias entre partes que tenham seus estabelecimentos em Estados distintos: (a) quando tais Estados forem Estados Contratantes; ou (b) quando as regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei de um Estado Contratante. (2) Não será levado em consideração o fato de as partes terem seus estabelecimentos comerciais em Estados distintos, quando tal circunstância não resultar do contrato, das tratativas entre as partes ou de informações por elas prestadas antes ou no momento de conclusão do contrato. (3) Para a aplicação da presente Convenção não serão considerados a nacionalidade das partes nem o caráter civil ou comercial das partes ou do contrato"; "Artigo 2. Esta Convenção não se aplicará às vendas: (a) de mercadorias adquiridas para uso pessoal, familiar ou doméstico, salvo se o vendedor, antes ou no momento de conclusão do contrato, não souber, nem devesse saber,

A CISG prevê, entre as prerrogativas atribuídas ao comprador em caso de desconformidade das mercadorias em relação aos padrões devidos nos termos do contrato de compra e venda, tanto a redução proporcional do preço (arts. 50 e 51, nº. 1)[844] quanto o reparo (art. 46, nº. 3)[845] e a substituição da mercadoria (art. 46, nº. 2).[846] Como se nota, as previsões contidas no direito positivo a respeito de remédios como a redução proporcional do preço e o reparo ou a substituição da coisa são fartas e evidenciam que o ordenamento jurídico reputa tais remédios adequados e legítimos para a tutela do interesse útil do credor diante do inadimplemento contratual. Sucede que, apesar dessas relevantes previsões, o direito positivo brasileiro não contém normas que explicitem o cabimento dos aludidos remédios para a generalidade das relações contratuais paritárias regidas pelo Código Civil. Não parece exagerada, diante disso, a afirmação crítica de estar-se diante de "falha deplorável" do ponto de vista da técnica legislativa.[847]

Nesse contexto, impõe-se o questionamento: tais remédios são passíveis de utilização pelos contratantes também na generalidade das relações paritárias? Alguns exemplos hipotéticos podem auxiliar o desenvolvimento da reflexão proposta: no âmbito de contrato paritário de prestação de serviço por força do qual um pintor se compromete a pintar certas paredes de um imóvel, caso o pintor interrompa imotivadamente a sua atuação antes de iniciar

---

que as mercadorias são adquiridas para tal uso; (b) em hasta pública; (c) em execução judicial; (d) de valores mobiliários, títulos de crédito e moeda; (e) de navios, embarcações, aerobarcos e aeronaves; (f) de eletricidade".

[844] Art. 50 da CISG: "Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, já tendo ou não sido pago o preço, o comprador poderá reduzir o preço proporcionalmente à diferença existente entre o valor das mercadorias efetivamente entregues, no momento da entrega, e o valor que teriam nesse momento mercadorias conformes ao contrato. (...)". Art. 51, nº. 1, da CISG: "(1) Se o vendedor entregar somente parte das mercadorias, ou se somente parte das mercadorias entregues estiver de acordo com o contrato, aplicar-se-ão os artigos 46 a 50 no tocante à parte faltante ou desconforme. (...)".

[845] Art. 46, nº. 3, da CISG: "(...) (3) Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, o comprador poderá exigir do vendedor que as repare para sanar a desconformidade, salvo quando não for isto razoável em vista das circunstâncias. A solicitação de reparação das mercadorias deve ser feita no momento da comunicação a que se refere o artigo 39, ou em prazo razoável a contar desse momento".

[846] Art. 46, nº. 2, da CISG: "(...) (2) Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, o comprador poderá exigir a entrega de outras mercadorias em substituição, desde que a desconformidade constitua violação essencial do contrato e o pedido de substituição de mercadorias seja formulado no momento da comunicação da desconformidade a que se refere o artigo 39, ou dentro de um prazo razoável a contar desse momento. (...)".

[847] "Do ponto de vista de política legislativa, ele [o legislador do CC/2002] deveria ter aproveitado a literatura desenvolvida durante o século XX e os exemplos legislativos (CISG e CDC) para criar um regulamento mais consentâneo com os desenvolvimentos socioeconômicos do século XX e início do século XXI. Em uma sociedade de consumo e de produção em massa, não prever a possibilidade de o vendedor reparar a coisa defeituosa e de o comprador exigir a substituição da coisa defeituosa por outra coisa do mesmo gênero é uma falha deplorável" (MEDINA, Francisco Sabadin. *Compra e venda de coisa incerta no direito civil brasileiro*: uma análise do dever do vendedor no Código Civil de 2002. Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 356). O autor sintetiza o quadro resultante da falha reputada "deplorável": "Ou seja, tanto nos contratos de consumo quanto nos contratos de compra e venda internacional regidos pela Convenção de Viena o comprador tem direito a escolher entre exigir a substituição ou a reparação da coisa defeituosa, ao passo que o comprador de um contrato regulamentado pelo CC tem, ao menos em princípio, de se limitar ao enjeitamento da coisa (redibição) e abatimento do preço" (MEDINA, Francisco Sabadin. *Compra e venda de coisa incerta no direito civil brasileiro*: uma análise do dever do vendedor no Código Civil de 2002. Tomo II, cit., p. 356).

a pintura da última parede, poderia o contratante inocente promover a redução proporcional do preço (conforme prerrogativa assegurada, por exemplo, a similar contrato que fosse regido pelo CDC), com vistas a pagar apenas o montante a ser apurado que corresponda ao serviço efetivamente prestado? No âmbito de contrato de compra e venda tendo por objeto o fornecimento de computadores, caso as mercadorias disponibilizadas pelo vendedor contenham vícios ocultos, poderia o comprador exigir o reparo ou mesmo a substituição das mercadorias defeituosas (conforme prerrogativa assegurada, por exemplo, a similar contrato que fosse regido pela CISG), ao invés de promover a resolução ou abatimento do preço? Esses e tantos outros exemplos servem a demonstrar que a ausência de tratamento sistemático dos remédios ao inadimplemento no direito brasileiro desperta dúvida a respeito da possibilidade ou não de incidência dos remédios para além dos limites das suas específicas previsões legais.

Tal dúvida na matéria finda por ser ressaltada pela encontradiça formulação (no mais das vezes, implícita) da doutrina nacional a respeito daquilo a que se poderia referir por uma "exclusividade" dos remédios ao inadimplemento. Basta imaginar uma indagação de índole abstrata e genérica acerca dos remédios cabíveis diante do inadimplemento contratual (sem destaque para as previsões legais específicas destacadas acima) para se perceber que o ensinamento tradicional promove a associação (implicitamente em caráter de exclusividade) da *resolução* com o *inadimplemento absoluto* e da *execução específica* com o *inadimplemento absoluto* e com o *inadimplemento relativo*. Tal sorte de formulação, tradicional na doutrina brasileira, sequer leva em consideração os remédios de *redução proporcional do preço*, *reparo*, *substituição* e *reexecução*, os quais, conquanto previstos de modo esparso na legislação, como visto, inequivocamente encontram-se positivados como remédios adequados à tutela do interesse útil do credor diante do inadimplemento contratual.

Com efeito, a civilística nacional usualmente indica, com base nos arts. 474 e 475 do Código Civil, a existência de (apenas) duas fundamentais respostas ao inadimplemento contratual, tradicionalmente associadas (em caráter de exclusividade) a cada uma das espécies de inadimplemento. Como se sabe, de uma parte, *diante do inadimplemento absoluto*, reconhece-se ao credor a prerrogativa de pleitear a *resolução* do contrato, mediante interpelação extrajudicial ou judicial, a depender do caráter expresso ou tácito da cláusula resolutiva em questão,

respectivamente.[848] A propósito, afirma-se comumente que, em qualquer das hipóteses, a resolução apresentar-se-ia como resposta tendencialmente definitiva à frustração do programa contratual.[849]

De outra parte, *diante do inadimplemento relativo*, disponibiliza-se ao credor o recurso à *execução específica* da prestação inadimplida, em esforço de cumprimento coercitivo do regulamento contratual. Faculta-se, assim, ao credor que persiga, com auxílio da coercitividade estatal, a "exata prestação contratada", de modo a ver seu interesse satisfeito "com a obtenção da mesma utilidade, do mesmo resultado prático que teria obtido caso o devedor tivesse cumprido espontânea e pontualmente a prestação".[850] Como se sabe, a execução específica pode se operacionalizar mediante instrumentos os mais variados, tais como:[851] expedição de mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse em caso de não cumprimento da obrigação de dar coisa certa (art. 538 do Código de Processo Civil); suprimento judicial da declaração de vontade injustamente recusada por quem deveria emiti-la, como na hipótese de descumprimento da obrigação, assumida em contrato preliminar, de celebração do contrato definitivo (v. art. 464 do Código Civil); dentre muitas outras soluções (em tese) satisfativas do interesse útil do credor.

Superou-se, com efeito, a antiga resistência doutrinária que antevia na execução específica uma excessiva interferência na liberdade individual do devedor, entendimento que levava ora à rejeição da execução específica no âmbito das obrigações de fazer,[852] ora à priorização quase absoluta da resolução em detrimento do cumprimento forçado para a generalidade das

[848] Para uma análise pormenorizada das cláusulas resolutivas expressa e tácita, cf., PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume III. 20. ed., cit., p. 60 e ss.; e TERRA, Aline de Miranda Valverde. Âmbito de incidência da cláusula resolutiva expressa, cit., *passim*. A prescindibilidade de interpelação judicial para a produção do efeito resolutório pela cláusula resolutiva expressa tem sido reafirmada pela jurisprudência pátria: "Impor à parte prejudicada o ajuizamento de demanda judicial para obter a resolução do contrato quando esse estabelece em seu favor a garantia de cláusula resolutória expressa, é impingir-lhe ônus demasiado e obrigação contrária ao texto expresso da lei, desprestigiando o princípio da autonomia da vontade, da não intervenção do Estado nas relações negociais, criando obrigação que refoge o texto da lei e a verdadeira intenção legislativa" (STJ, REsp 1.789.863/MS, 4ª T., Rel. Min. Marco Buzzi, julg. 10/8/2021).

[849] TERRA, Aline de Miranda Valverde. Âmbito de incidência da cláusula resolutiva expressa, cit., p. 125.

[850] TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução, cit., p. 53.

[851] Os exemplos mencionados na sequência remetem à lição de TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado*. Volume IV, cit., p. 346. Os autores arrematam: "Enfim, salvo nas hipóteses em que isto implique coerção física ou violação à personalidade do devedor, tem-se concedido à parte prejudicada com a inexecução diversos meios de obter aquilo que realmente esperava alcançar com o adimplemento da obrigação" (Ibid., p. 346).

[852] "Do ponto de vista histórico, a distinção entre obrigação de dar e fazer somente tem sentido, se ela determinar quando uma prestação pode ser exigida *in natura* e quando o credor fica restrito às perdas e danos. Consistindo a prestação em um dar, cabia execução específica; sendo ela um fazer, a regra era conversão em perdas e danos, havendo exceções conforme o autor" (MEDINA, Francisco Sabadin. *Compra e venda de coisa incerta no direito civil brasileiro*: uma análise do dever do vendedor no Código Civil de 2002. Tomo I, cit., p. 200-201).

obrigações.[853] No contexto do direito positivo contemporâneo, ao revés, em relevante mudança de paradigma em matéria de remédios ao inadimplemento, consolidou-se "[a] primazia da execução *in natura*".[854] Sustenta-se, assim, a prioridade da execução específica em detrimento da resolução, à qual se deveria recorrer apenas quando os mecanismos de cumprimento forçado não se revelassem suficientes para a promoção do resultado útil do contrato.[855] A resolução, assim compreendida como "*ratio extrema*",[856] assumiria, nessa perspectiva, caráter subsidiário em relação à execução específica[857] – ponto a ser criticamente retomado abaixo.

A expressiva tendência legislativa de consagração da execução específica pode ser associada à própria redação do art. 475 do Código Civil de 2002, que, inovando parcialmente em relação ao diploma de 1916,[858] admite, em termos genéricos, que, diante do inadimplemento, o

[853] Fundamental, a esse propósito, a lição de Gustavo Tepedino: "Observe-se, ao propósito, que, no passado, utilizou-se como um dos critérios distintivos entre prestações de dar e de fazer o fato de as primeiras admitirem execução específica, impossível, por outro lado, no tocante às últimas. O direito civil contemporâneo, todavia, tem como preocupação garantir que a prestação, desde que ainda útil ao credor, seja executada especificamente, de modo que a conversão em perdas e danos reste como alternativa subsidiária. Dito diversamente, o direito privado, no Brasil e alhures, evoluiu no sentido de buscar, sempre que possível, a execução específica, em favor da efetividade da relação obrigacional, em sua perspectiva dinâmica, funcionalizada aos interesses que o *vinculo iuris* pretende tutelar. Nesta direção, supera-se a ideia da inexequibilidade específica das obrigações de fazer e não fazer, reforçando-se (não propriamente a posição do credor, mas) o interesse merecedor de tutela veiculado por tais espécies de obrigações" (TEPEDINO, Gustavo. Inadimplemento contratual e tutelas específicas das obrigações. *Soluções práticas de direito*. Volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 142).

[854] Assim relata Francisco Sabadin Medina: "A primazia da execução *in natura* consolidou-se definitivamente no CPC/2015. Mesmo quando a obrigação de fazer for personalíssima, o devedor pode ser compelido ao adimplemento da obrigação por meio de multas pecuniárias (arts. 536 ss., 806, 814 [do CPC/2015]); a obrigação somente é convertida em perdas e danos, caso ela se torne impossível ou o devedor não se subjugue à coerção (arts. 499, 809, 821 e 823 § único). Nesse sistema, a máxima *nemo praecise*... [*nemo ad factum praecise cogi potest*] tem um significado residual, nomeadamente a impossibilidade de compelir o devedor por meio de prisão ou de outra constrição física ao cumprimento de seu dever de prestação" (MEDINA, Francisco Sabadin. *Compra e venda de coisa incerta no direito civil brasileiro*: uma análise do dever do vendedor no Código Civil de 2002. Tomo I, cit., p. 203-204).

[855] "O direito há de assegurar, como objetivo primário, a específica satisfação do interessado, perquirindo o preciso resultado que decorreria do cumprimento espontâneo da obrigação, reservando caráter secundário à conversão da prestação em pecúnia" (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado*. Volume IV, cit., p. 346-347). Nesse contexto, a resolução do vínculo contratual passaria a ser vista como medida extrema, a ser aplicada somente quando restar irreversivelmente afetada a função concreta do negócio jurídico, como sustenta SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento, cit., p. 115-116.

[856] A ilustrar essa linha de entendimento, no âmbito da análise sobre a teoria do adimplemento substancial, veja-se: "Ora, se o adimplemento substancial corresponde ao comportamento do devedor que desatende a prestação devida sem comprometer o interesse do credor em recebê-la, sem impedir a consecução da função econômico-individual do contrato, há mora. A resolução é *ratio extrema*, facultada ao credor quando o inadimplemento é absoluto, a obstar a realização da função concreta do negócio celebrado. Em presença de adimplemento substancial, a resolução é afastada justamente porque de inadimplemento absoluto não se trata, pois a prestação ainda é útil para o credor" (TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor, cit., p. 110).

[857] "Não se deve, porém, dizer, como regra geral e absoluta, que a prestação devida e não cumprida se transforma nas perdas e danos, porque às vezes assim se passa, mas outras vezes as duas sobrevivem – a *res debita* e as perdas e danos – sem que em uma se sub-roguem as outras. É claro que a *sub rogatio* é satisfação subsidiária do credor" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume II, cit., p. 307).

[858] Cujo art. 1.092, p.ú., assim dispunha: "(...) Parágrafo único. A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos".

credor *opte*[859] pela resolução do contrato "se não preferir exigir-lhe o cumprimento".[860] O dispositivo não passa imune a críticas, porém, no que tange à possível confusão criada pela menção à *preferência* do credor, tendo a civilística contemporânea se antecipado em ressaltar que a adoção da execução específica não traduz questão de escolha sujeita ao puro arbítrio por parte do credor.[861]

Curiosamente, a contundente crítica à suposta liberdade de escolha do credor pela execução específica está presente em duas vertentes teóricas pautadas por uma relevante distinção no que diz respeito à exegese do art. 475 do Código Civil. De uma parte, tem-se a vertente teórica segundo a qual dever-se-ia dispensar tratamento parcimonioso à exegese que antevisse no art. 475 uma discricionária "preferência" do credor, uma vez que, em realidade, o ponto relevante na matéria seria tão somente uma questão de adequação do remédio à espécie do inadimplemento concretamente verificado.[862] Afirma-se, nesse sentido, que, diante do inadimplemento relativo, o credor poderia promover a execução específica, ao passo que, diante do inadimplemento absoluto, apenas lhe restaria a resolução do contrato.[863]

De outra parte, tem-se a vertente teórica que, embora também parta da premissa relativa à

---

[859] "Há, no dispositivo legal [art. 475 do CC/2002], uma opção que se oferece ao credor: manter o contrato ou considerá-lo rescindido, sempre com direito aos prejuízos decorrentes do descumprimento contratual" (AZEVEDO, Álvaro Villaça. Resolução do contrato por onerosidade excessiva no direito civil e comercial. In: COELHO, Fábio Ulhoa; TEPEDINO, Gustavo; LEMES, Selma Ferreira (Coord.). *A evolução do direito no século XXI*. Seus princípios e valores – ESG, liberdade, regulação, igualdade e segurança jurídica. Homenagem ao Professor Arnoldo Wald. Volume 2. São Paulo: Editora IASP, 2022, p. 104). Em sentido similar, v., entre outros, TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: volume único. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 602; OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; COSTA-NETO, João. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 603.

[860] "O dispositivo [art. 475 do CC/2022] baseia-se no par. ún. do art. 1.092 do CC1916 (...). As diferenças entre os dois preceitos consistem na substituição da palavra rescisão por resolução. (...) Além disso, no novo preceito foi incluída a possibilidade de pedir, em vez da resolução do contrato, o seu cumprimento, e, em qualquer dos casos, cumulativamente às perdas e danos" (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume II, cit., p. 122).

[861] "Com efeito, se a qualificação da inexecução como mora ou inadimplemento absoluto não é escolha arbitrária do credor, a utilização dos instrumentos de tutela a eles disponibilizados também não o é. Há, portanto, instrumentos próprios para a mora, a exemplo da execução específica, e remédios próprios para o inadimplemento absoluto, como a execução pelo equivalente e a resolução" (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução, cit., p. 53).

[862] "Tradicionalmente, reconhece-se ao credor a possibilidade de livre escolha entre a execução específica do contrato e a extinção pela resolução, mas tal concepção merece um cuidadoso reexame a partir do reconhecimento do caráter predominantemente objetivo da análise quanto à satisfação do interesse do credor. Assim, enquanto possível e útil ao credor, a prestação não poderá simplesmente ser enjeitada diante do descumprimento; em outras palavras, o inadimplemento relativo apenas autoriza a execução da prestação (com os demais efeitos da mora), e não a resolução do contrato. Por outro lado, caso a prestação se torne impossível ou deixe de apresentar utilidade ao credor, converte-se o inadimplemento em absoluto, possibilitando a resolução do contrato" (SCHREIBER, Anderson. Art. 475 [verbete]. In: SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; MELO, Marco Aurélio Bezerra de; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 278).

[863] A partir de similar preocupação, parcela da doutrina chega a identificar abusividade no exercício da pretensão resolutória quando não tiver restado definitivamente frustrada a causa contratual em concreto. Nesse sentido, v. FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*, cit., p. 58.

diferenciação dos remédios de acordo com o caráter relativo ou absoluto do inadimplemento,[864] pugna pelo reconhecimento de uma alternativa adicional ao credor no âmbito do inadimplemento absoluto. Afirma-se, nesse sentido, que, diante do inadimplemento relativo, o credor seguiria investido da singular prerrogativa de execução específica, ao passo que, diante do inadimplemento absoluto, o credor poderia optar – aqui residiria a "preferência" aludida pelo art. 475, segundo a vertente em comento – entre a resolução do contrato e a chamada execução do contrato pelo equivalente pecuniário da prestação inadimplida.[865]

A propósito, cumpre mencionar que o reconhecimento da aplicabilidade da "execução pelo equivalente pecuniário" como remédio ao inadimplemento contratual (absoluto) traduz questão controvertida na doutrina nacional. Por um lado, crescente parcela da doutrina, amparada em formulação não propriamente recente,[866] sustenta o acolhimento expresso da execução pelo equivalente pecuniário por parte do direito brasileiro, sem embargo de uma distinção interna entre a proposta de sua qualificação como remédio ao inadimplemento absoluto (com fundamento principal no art. 475 do Código Civil)[867] e a proposta de sua qualificação como verba indenizatória[868] (com fundamento principal no art. 947 do Código Civil).[869] Por outro lado,

---

[864] "Além disso, a resolução por inadimplemento, tal qual regulamentada no art. 475, demanda, para a sua adequada compreensão, a leitura holística da disciplina contratual, notadamente quanto aos demais dispositivos do Código Civil cujo objeto é precisamente o inadimplemento das obrigações, sob pena de incorrer em incongruência hermenêutica na identificação das opções de que dispõe o credor lesado pelo inadimplemento absoluto. Com efeito, identificada a impossibilidade da prestação ou sua inutilidade para o credor à luz da função da relação obrigacional, não seria lógico admitir a execução do contrato" (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Contratos: Teoria Geral. In: TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Volume 3. 3. ed., cit., p. 164). Afirma-se, nessa linha de sentido, que a afirmação da suposta preferência do credor entre os remédios da execução específica e da resolução decorreria de uma "confusão entre os suportes fáticos que ensejam a execução específica e a resolução" (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução, cit., p. 51-52).

[865] "Com efeito, diante de inadimplemento absoluto, outros instrumentos de tutela serão disponibilizados ao credor, que poderá optar entre resolver a relação obrigacional, com o retorno do *status quo ante*, ou exigir o cumprimento, não in natura – e aqui está o segundo equívoco apontado anteriormente –, mas pelo equivalente pecuniário da prestação, isto é, o seu valor em dinheiro, sem prejuízo, em ambas as hipóteses, da indenização pelas eventuais perdas e danos experimentados. (...) equivalente. Logo, a escolha a ser feita pelo credor, com base no art. 475 [do Código Civil], é entre a resolução e o cumprimento pelo equivalente" (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução, cit., p. 54-55). No mesmo sentido, v., entre outros, NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*, cit., p. 401 e ss.

[866] Nesse sentido, afirma-se que a formulação teórica em comento parte "de uma particular interpretação (já existente de longa data no direito brasileiro, mas que ganhou novo fôlego nos últimos anos) acerca dos dispositivos normativos que preveem a restituição do 'equivalente' no direito obrigacional" (SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual, cit., p. 46).

[867] Nesse sentido, v., por todos, TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Resolução por inadimplemento: o retorno ao *status quo ante* e a coerente indenização pelo interesse negativo. *Civilistica.com*, a. 9, n. 1, p. 1-22, 2020, p. 2 e ss.; e ZANETTI, Cristiano de Sousa. A transformação da mora em inadimplemento absoluto. *Revista dos Tribunais*, a. 103, vol. 942, p. 117-139, abr./2014, item 3.C.

[868] "Sem jogo de meias palavras, o prejuízo sofrido pelo credor lesado pelo descumprimento abrange tanto os danos pela falta de cumprimento da obrigação em si considerada (o equivalente), quanto as perdas e danos necessárias a apagar os efeitos do tempo (a mora). Essa divisão, contudo, não se apresenta externamente, pois a indenização devida ao lesado é unitária" (STEINER, Renata C. Descumprimento contratual: remédios à disposição do credor lesado. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*: pressupostos, evolução e remédios. Volume II. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 323).

distinta vertente da doutrina sustenta que tal figura não se compatibiliza nem com a noção de execução do programa contratual – por "desconsiderar a própria causa do contrato" –,[870] seja com a noção de indenização – o que, caso admitido, findaria por "contrariar o sistema normativo brasileiro (no qual a propriedade não se transmite *solo consensu*, não sendo razoável indenizar o credor pela perda de coisa que jamais integrou seu patrimônio)".[871]

A controvérsia é profunda e não encontraria adequado desenvolvimento nesta sede, sendo certo que, segundo a vertente teórica que reconhece o suposto acolhimento da execução pelo equivalente pecuniário pelo sistema jurídico nacional, tal remédio contaria com fundamento normativo expresso no direito brasileiro. Assim, mesmo a se assumir hipoteticamente uma premissa de admissibilidade da execução pelo equivalente pecuniário, não se colocaria propriamente uma indagação a respeito da potencialidade de expansão do seu espectro de incidência com base em aplicação analógica (inspirada pelo valor comum refletido no princípio do equilíbrio contratual) de disposições similares. A análise mais detida da execução pelo equivalente pecuniário escaparia, portanto, ao escopo precípuo da presente tese.

Retornando-se à análise das formulações pertinentes à exegese do art. 475 do Código Civil, nota-se que ambas as linhas de pensamento (a reconhecer ou não a existência do remédio da execução pelo equivalente pecuniário) costumam vir acompanhadas da já mencionada e encontradiça afirmação de que, à luz do direito brasileiro, a resolução consistiria em medida

---

[869] Nesse sentido, v. STEINER, Renata C. Descumprimento contratual, cit., p. 324. Vale destacar a proposição teórica que, pautada em uma releitura do art. 947 do Código Civil capaz de destacar "alguns elementos do referido enunciado normativo que depõem contra a sua recondução ao campo da responsabilidade civil", defende que o dispositivo em comento postar-se-ia ao encontro da "necessidade de releitura dos remédios atribuídos ao credor diante do inadimplemento absoluto da obrigação, reconhecendo-se a execução pelo equivalente como remédio autônomo e inconfundível com a responsabilidade civil contratual" (MANSUR, Rafael. Execução pelo equivalente pecuniário: tutela do credor frente ao inadimplemento absoluto de obrigações negociais. *Migalhas*, 9/11/2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/336009/execucao-pelo-equivalente-pecuniario--tutela-do-credor-frente-ao-inadimplemento-absoluto-de-obrigacoes-negociais. Acesso em 30/8/2022).

[870] "A proposta, como se percebe, aparenta desconsiderar a própria causa do contrato: em um negócio que se caracterizava, por exemplo, pela troca da coisa pelo preço, o credor teria a prerrogativa de 'executar' o contrato de outra forma, exigindo a troca do preço pelo valor pecuniário da coisa – tudo supostamente em cumprimento de um mesmo contrato. Neste ponto, valeria retomar a já mencionada metáfora de Pugliatti: a função negocial exerce também uma 'força centrífuga', que repele pretensões voltadas a produzir efeitos divergentes do programa contratual. Parece difícil, nesse cenário, denominar de 'execução' do contrato um procedimento tão interventivo sobre a síntese de interesses nele insculpida" (SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual, cit., p. 46).

[871] SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual, cit., p. 47. A partir de tal crítica, o autor sustenta que, "a melhor interpretação talvez seja a de que o equivalente, quando for devido, representa apenas a restituição de eventual contraprestação que já houvesse sido paga pelo credor lesado. Parece igualmente razoável que, em certas situações, o credor receba, em vez da restituição *in natura* da contraprestação por ele paga, o equivalente pecuniário desta – ainda assim, estar-se-á no âmbito restitutório, subsequente à resolução do contrato" (Ibid., p. 47).

extrema ou *subsidiária*[872] na disciplina contratual, sob pena de desvirtuamento da seriedade do vínculo obrigacional em prol do risco que adviria de um subjetivismo injustificável.[873] Segundo essa linha de raciocínio, a execução específica traduziria o remédio alegadamente eleito como *prioritário* pelo ordenamento,[874] que buscaria ao máximo evitar a resolução da avença.[875] Apenas se justificaria a rejeição da execução específica, nesse panorama, quando o descumprimento frustrasse de maneira irreversível a função concretamente desempenhada pelo contrato.[876]

Cumpre registrar, a esse respeito, algumas relevantes advertências acerca de tais formulações, as quais convergem em torno da proclamação da *subsidiariedade* da resolução e da *prioridade* da execução específica. A enunciação do caráter dito "subsidiário" da resolução ostenta o mérito (talvez indireto, porém não desprezível) de destacar a imprescindibilidade do recurso à execução específica sempre que for possível a promoção do resultado útil do contrato. Dessa percepção não decorre, contudo, em sentido técnico, uma autêntica relação de subsidiariedade entre a resolução e a execução específica.[877]

Com efeito, a afirmação da suposta relação de subsidiariedade entre resolução e execução específica tende, à luz do estágio atual do desenvolvimento doutrinário, a gerar mais dúvidas do que esclarecimentos, por gerar a equivocada impressão de que as referidas medidas (resolução e execução específica) poderiam vir a estar simultaneamente (conquanto em caráter subsidiário) postas à disposição do credor diante da mesma espécie de inadimplemento. Tal conclusão colidiria frontalmente com a premissa basilar acerca da impossibilidade de verificação simultânea do inadimplemento absoluto e da mora.[878] Em realidade, a inviabilidade de os referidos remédios

---

[872] "Não se deve, porém, dizer, como regra geral e absoluta, que a prestação devida e não cumprida se transforma nas perdas e danos, porque às vezes assim se passa, mas outras vezes as duas sobrevivem – a *res debita* e as perdas e danos – sem que em uma se sub-roguem as outras. É claro que a *sub rogatio* é satisfação subsidiária do credor" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. II, cit., p. 307).

[873] Nesse sentido, v., entre outros, FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*, cit., p. 119.

[874] Nesse sentido, v. STEINER, Renata C. Descumprimento contratual, cit., p. 314-315.

[875] "A preferência por remédios que não promovam o rompimento do vínculo negocial foi expressamente manifestada pelo legislador brasileiro, que registrou, em diversas passagens do Código Civil de 2002, sua simpatia pela execução específica das obrigações (...). Bem mais que um instrumento a cargo das *preferências* do credor, como sugere a literalidade do art. 475, a execução específica deve ser vista como medida prioritária, a ser afastada somente naquelas hipóteses em que já reste comprometida a função concretamente desempenhada pela relação contratual" (SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento, cit., p. 116. Grifos no original).

[876] "(...) o direito resolutivo não vem atribuído ao credor como um instrumento de punição do devedor pela ausência de realização da prestação principal, mas lhe é assegurado sob a premissa de que o inadimplemento seja tal que possa comprometer o atendimento à função concretamente desempenhada pelo negócio jurídico em curso" (SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento, cit., p. 115-116). Afirma-se, na mesma linha de sentido: "Ganha força, nesse sentido, entendimento segundo o qual o adimplemento não se subordina apenas à execução do comportamento devido, mas depende, também, da efetiva produção do resultado útil programado" (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 82-83).

[877] A partir de semelhante preocupação, Ruy Rosado de Aguiar Júnior sintetiza: "O exercício do direito formativo extintivo não é 'subsidiário' da pretensão e da ação de execução da obrigação" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 52).

[878] A propósito, seja consentido remeter a SILVA, Rodrigo da Guia. Em busca do conceito contemporâneo de (in)adimplemento contratual, cit., p. 315-316.

(resolução e execução específica) serem postos alternativamente à livre disposição do credor (no específico âmbito da resolução amparada em cláusula resolutiva tácita, conforme demonstrado na sequência) não decorre propriamente de uma relação de subsidiariedade entre eles, mas sim da constatação basilar acerca da impossibilidade de configuração simultânea do inadimplemento absoluto e da mora.

Advirta-se, por oportuno, que a impossibilidade de configuração *simultânea* do inadimplemento absoluto e da mora não obsta a verificação *sucessiva* de tais modalidades de inadimplemento. Assim sucede quando o devedor, após deixar de promover o pagamento na data exata do vencimento, permanece em estado de inércia por certo período até que, diante da frustração definitiva do interesse útil (em momento posterior à configuração da mora, o que usualmente haverá de pressupor que o vencimento não tivesse estipulado com base em termo essencial), a mora vem a ser converter em inadimplemento absoluto. Em tal situação, justifica-se a incidência tanto dos efeitos da mora quanto dos efeitos do inadimplemento absoluto, em atenção à diversidade de *fattispecie* (e respectivos lapsos temporais) de referência: os efeitos da mora (e.g., os juros moratórios) incidirão sobre o período de inadimplemento relativo, ao passo que os efeitos do inadimplemento absoluto (e.g., a cláusula penal compensatória) incidirão a partir da configuração do inadimplemento absoluto.[879]

Como as referidas espécies de inadimplemento se distinguem fundamentalmente com base na subsistência ou não do interesse útil do credor (ressignificado à luz do princípio do equilíbrio contratual, cf. item 2.1, *supra*), não se admite a atribuição simultânea, em caráter alternativo, das pretensões de resolução e de execução específica.[880] Em realidade, enquanto subsistir o interesse útil do credor, estar-se-á diante de inadimplemento relativo e caberão, conforme cada caso, as técnicas de execução específica ou de tutela pelo resultado prático

[879] A análise pautada na base de cálculo dos juros moratórios porventura estipulados em alíquota percentual também auxilia na compreensão do presente raciocínio. De uma parte, tendo por referência o inadimplemento relativo, os juros moratórios serão calculados sobre o valor da prestação inadimplida, e sua incidência perdurará até que se consume a conversão da mora em inadimplemento absoluto. De outra parte, tendo por referência o inadimplemento absoluto (no âmbito do qual também é possível a incidência dos juros, porém com base no descumprimento de uma distinta obrigação), os juros moratórios serão calculados não mais sobre a prestação original, mas sim sobre as verbas a partir de então exigíveis (por exemplo, a cláusula penal compensatória deflagrada pelo inadimplemento absoluto).

[880] Parcela da doutrina identifica abusividade no exercício da pretensão resolutória quando não restar definitivamente afetada a causa contratual em concreto: "(...) em uma leitura que englobe a noção de função negocial, entende-se que enquanto a prestação ainda for útil ao credor, por realizável o fim do contrato, o pleito de resolução contratual com base no parágrafo único do art. 395 do Código Civil deve ser tido por abusivo, por exceder os limites impostos pela função negocial" (FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*, cit., p. 58).

equivalente.[881] Por outro lado, quando se verificar a perda do interesse útil do credor, restará configurado o inadimplemento absoluto e assistirá ao credor a prerrogativa de pleitear a resolução do contrato.[882] A questão se resume, com efeito, a uma problemática de qualificação do inadimplemento – se absoluto, a justificar a resolução, ou se relativo, a possibilitar a execução específica.[883]

No intuito de se afastar eventual dúvida, cumpre elucidar que qualquer das medidas mencionadas possibilita a postulação cumulativa, pelo credor, da responsabilização do devedor por eventuais perdas e danos decorrentes do inadimplemento (trata-se de inadimplemento absoluto ou de mora),[884] conforme previsão expressa do art. 475 do Código Civil.[885] Semelhante previsão consta, ainda, do art. 389 do Código Civil, cuja imprecisão redacional reclama, porém, uma advertência: não se trata de reconhecer o direito a perdas e danos em todo e qualquer caso de inadimplemento (como a literalidade do dispositivo parece sugerir à primeira vista), mas de apenas se cogitar do surgimento do dever de indenizar quando houver comprovado dano sofrido pelo credor lesado em decorrência da conduta lesiva do devedor.[886] Cumpre, portanto, dispensar à norma uma leitura capaz de destacar a configuração autônoma das perdas e danos, cuja reparação

---

[881] "Na impossibilidade da prestação *in natura*, procura-se o resultado prático equivalente e, somente em último caso, a reparação por perdas e danos. Pode-se afirmar, assim, que no sistema atual a regra é a tutela específica, a execução *in natura*, salvo se essa tutela se tornar impossível" (TEPEDINO, Gustavo. Inadimplemento contratual e tutelas específicas das obrigações, cit., p. 143).

[882] Nesse sentido, Anderson Schreiber afirma que a resolução do vínculo somente pode ser aplicada quando restar irreversivelmente afetada a função concreta do negócio jurídico (SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento, cit., p. 115). O autor arremata: "Nesse contexto, o direito à resolução do contrato, laconicamente mencionado no art. 475 do Código Civil de 2002, perde a feição (que lhe vem normalmente atribuída) de uma alternativa ao arbítrio do credor para se converter em *ratio extrema*, cujo exercício pode ser obstado sempre que remédios menos nocivos estiverem ao alcance do seu titular. O poder de extinguir a relação obrigacional deve mesmo ser reservado ao inadimplemento que afete a função concreta do negócio celebrado, não bastando a simples irrealização da prestação principal, tomada em abstrato e sob o aspecto puramente estrutural" (Ibid., p. 116).

[883] TERRA, Aline de Miranda Valverde. A questionável utilidade da violação positiva do contrato no direito brasileiro, cit., p. 17.

[884] Afinal, a obrigação de reparar as perdas e danos "(...) tanto pode dizer respeito ao inadimplemento absoluto, como à mora" (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 20). Controverte-se, contudo, acerca dos parâmetros para a delimitação do *quantum* indenizatório em cada um dos cenários, o que remonta ao tema da distinção entre interesse contratual positivo e interesse contratual negativo. Por se tratar de temática que foge ao escopo central do presente projeto de tese, afigura-se pertinente a remissão à literatura especializada. A propósito, v., por todos, PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, *passim*; PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Volume II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, *passim*; STEINER, Renata C. *Reparação de danos*: interesse positivo e interesse negativo. São Paulo: Quartier Latin, 2018, *passim*; e GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. Resolução por inadimplemento, cit., *passim*. Seja consentido remeter, ainda, a SILVA, Rodrigo da Guia. Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo, cit., *passim*.

[885] A propósito, v. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume II, cit., p. 123.

[886] "Em síntese, é apenas subsidiariamente, ou em caráter adicional à execução específica ou extinção do vínculo obrigacional (art. 474), que o legislador vem garantir a indenização por perdas e danos. Ao contrário do que sugere a linguagem do art. 389, não se trata, portanto, de uma consequência necessária do inadimplemento" (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado*. Volume IV, cit., p. 346).

depende inexoravelmente da demonstração de dano injusto decorrente do inadimplemento – como já sucede, aliás, na generalidade dos casos de aferição do dano indenizável como requisito da responsabilidade civil.

Sem embargo da crítica à suposta relação de subsidiariedade entre resolução e execução específica, e igualmente sem embargo das críticas (também analisadas acima) que se poderiam direcionar à proposta de reconhecimento da denominada "execução pelo equivalente pecuniário" como suposta modalidade de cumprimento passível de deflagração pelo inadimplemento absoluto, nota-se que ambas as vertentes teóricas a respeito da exegese do art. 475 do Código Civil convergem em torno da alegada "exclusividade" dos remédios postos à disposição do credor diante de cada modalidade de inadimplemento. Como visto, o inadimplemento relativo deflagraria (exclusivamente) o remédio da execução específica, ao passo que o inadimplemento absoluto deflagraria (exclusivamente) o remédio da resolução (e o remédio da execução pelo equivalente pecuniário, a depender da vertente teórica adotada).[887]

A enunciação (explícita ou implícita) dessa suposta exclusividade dos remédios outorgados ao credor incorre em ao menos duas contradições – uma de ordem interna e outra de ordem externa. A contradição de ordem interna diz respeito à ausência de reconhecimento de que, em não raras circunstâncias, admite-se que o credor opte entre a resolução e a execução específica, na contramão do entendimento tradicional segundo a qual em hipótese de cabimento da resolução não caberia a execução específica, e vice-versa. De fato, a enunciação da exclusividade dos remédios é severamente impactada pelo reconhecimento da legítima (conquanto certamente não ilimitada ou absolta) esfera de discricionariedade que por vezes se atribui ao credor para a escolha entre o remédio da resolução e o remédio da execução específica. Tal fenômeno pode se manifestar tanto com base em previsão legal quanto com base em estipulação convencional das partes.

A primeira hipótese referida (possibilidade de escolha entre resolução e execução específica com base em previsão legal) se manifesta nas situações em que a legislação, ao estabelecer o cabimento da resolução como remédio ao inadimplemento, ao mesmo tempo em que confere ao credor a faculdade de optar pelo cumprimento do contrato. Assim sucede, por exemplo, no âmbito dos contratos de aquisição de imóveis em regime de incorporação imobiliária: caso o incorporador incorra em atraso na entrega do imóvel por período superior

[887] A ilustrar o quanto exposto, veja-se: "A responsabilidade franqueia ao credor diversos instrumentos coercitivos dirigidos à tutela da sua posição jurídica: (a) em caso de mora, a execução forçada, a autorizá-lo a perseguir a coisa em espécie, ou (b) diante de sua impossibilidade ou inutilidade para o credor, (b.1) a execução pelo equivalente ou (b.2) a resolução da relação obrigacional, atuando, ainda, simultaneamente, em qualquer desses casos ("a" e/ou "b"), a responsabilidade civil, se houver perdas e danos. As execuções forçadas in natura e pelo equivalente, bem como a resolução são instrumentos de tutela que se colocam automaticamente à disposição do credor diante do inadimplemento relativo ou absoluto, respectivamente" (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução, cit., p. 56).

ao prazo de tolerância contratualmente previsto (limitado ao máximo de "180 (cento e oitenta) dias corridos da data estipulada contratualmente como data prevista para conclusão do empreendimento", nos termos do art. 43-A, *caput*, da Lei nº. 4.591/1964),[888] sem culpa do adquirente, "poderá ser promovida por este a resolução do contrato" (conforme previsto pelo art. 43-A, § 1º, da Lei nº. 4.591/1964).[889] Admite-se, contudo, que o adquirente, alternativamente à resolução do contrato, opte pela manutenção e cumprimento do contrato (hipótese disciplinada expressamente pelo art. 43-A, § 2º, da Lei nº. 4.591/1964)[890] – o que se afigura de todo comum na práxis, não sendo de surpreender que o adquirente prefira manter o vínculo contratual com vistas a adquirir a propriedade do imóvel objeto do contrato.[891]

Similar sorte de faculdade de escolha entre a resolução e a execução se verifica em algumas das previsões legais a que se fez menção por ocasião da demonstração da pluralidade de remédios ao inadimplemento acolhidos pelo ordenamento jurídico. Exatamente nesse sentido é que o art. 18 do CDC prevê que, diante de vício de qualidade no produto, o consumidor tem a prerrogativa de "exigir, alternativamente e à sua escolha", a resolução (deflagradora da "restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada", cfe. § 1º, II) caso não prefira exigir alguma das medidas que preservam o vínculo contratual

[888] Art. 43-A, *caput*, da Lei nº. 4.591/1964: "A entrega do imóvel em até 180 (cento e oitenta) dias corridos da data estipulada contratualmente como data prevista para conclusão do empreendimento, desde que expressamente pactuado, de forma clara e destacada, não dará causa à resolução do contrato por parte do adquirente nem ensejará o pagamento de qualquer penalidade pelo incorporador. (Incluído pela Lei nº 13.786, de 2018) (...)".

[889] Art. 43-A, § 1º, da Lei nº. 4.591/1964: "(...) § 1º Se a entrega do imóvel ultrapassar o prazo estabelecido no caput deste artigo, desde que o adquirente não tenha dado causa ao atraso, poderá ser promovida por este a resolução do contrato, sem prejuízo da devolução da integralidade de todos os valores pagos e da multa estabelecida, em até 60 (sessenta) dias corridos contados da resolução, corrigidos nos termos do § 8º do art. 67-A desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.786, de 2018) (...)". A propósito, v., por todos, GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Responsabilidade civil no direito imobiliário. In: BORGES, Marcus Vinícius Motter (Coord.). *Curso de direito imobiliário brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 218; e BORGES, Marcus Vinícius Motter. Incorporação imobiliária. In: BORGES, Marcus Vinícius Motter (Coord.). *Curso de direito imobiliário brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 218, p. 486-487.

[890] Art. 43-A, § 2º, da Lei nº. 4.591/1964: "(...) § 2º Na hipótese de a entrega do imóvel estender-se por prazo superior àquele previsto no *caput* deste artigo, e não se tratar de resolução do contrato, será devida ao adquirente adimplente, por ocasião da entrega da unidade, indenização de 1% (um por cento) do valor efetivamente pago à incorporadora, para cada mês de atraso, *pro rata die*, corrigido monetariamente conforme índice estipulado em contrato. (Incluído pela Lei nº 13.786, de 2018) (...)".

[891] Não parece inoportuno, contudo, que também nessa seara se sustente a necessidade de juízo valorativo similar àquele que, no plano da resolução fundamentada no art. 475 do Código Civil, possibilita o reconhecimento de eventual abusividade no concreto exercício da resolução: "(...) em uma leitura que englobe a noção de função negocial, entende-se que enquanto a prestação ainda for útil ao credor, por realizável o fim do contrato, o pleito de resolução contratual com base no parágrafo único do art. 395 do Código Civil deve ser tido por abusivo, por exceder os limites impostos pela função negocial" (FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*, cit., p. 58). Buscar-se-ia, assim, evitar que em hipóteses fáticas de inadimplemento não substancial, o credor exercitasse disfuncionalmente a prerrogativa da resolução. Afinal, como se sabe, a lógica geral do sistema consiste no reconhecimento de que, "[n]o inadimplemento relativo, o credor ainda tem interesse na prestação, porque ela ainda lhe é útil, então a ação cabível é a ação de execução específica" (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Responsabilidade civil no direito imobiliário, cit., p. 202). Em suma, parece ser a hora de a doutrina sedimentar critérios para um adequado cotejo entre, de um lado, alguma margem de legítima discricionariedade pelo credor, e, de outro lado, o indispensável controle valorativo incidente sobre a generalidade dos exercícios de posições contratuais.

("substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso" e "abatimento proporcional do preço", cfe. § 1º, I e III). Esses dispositivos contidos na legislação (no CDC e na Lei nº. 4.591/1964, no caso dos exemplos ora mencionados) evidenciam que o direito brasileiro não consagra propriamente uma exclusividade rígida e absoluta entre a resolução e a execução.

A segunda hipótese referida (possibilidade de escolha entre resolução e execução específica com base em estipulação convencional das partes), por sua vez, se manifesta sobretudo na seara da cláusula resolutiva expressa, que, como se sabe, consiste em expediente mediante o qual as partes pré-estipulam as hipóteses de inadimplemento por elas consideradas graves o suficientes a ponto de, uma vez verificadas, ensejarem a incidência do remédio da resolução contratual.[892] A cláusula resolutiva expressa diferencia-se da denominada cláusula resolutiva tácita, no que diz respeito aos seus efeitos, pela circunstância de que "[a] cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial", conforme expressa previsão do art. 474 do Código Civil.

Sucede que, ao contrário do imediatismo e da inevitabilidade sugeridos pela locução "de pleno direito", a doutrina tem admitido que o credor pode legitimamente – desde que, por certo, objetivamente ainda se vislumbre a possibilidade de a prestação atender ao interesse útil do credor –[893] optar pela manutenção e cumprimento do contrato mesmo na hipótese de

---

[892] Justamente em razão da relevante eficácia atribuída à cláusula resolutiva expressa, rejeita-se a resolução com base nesse expediente diante de cláusulas excessivamente genéricas, como adverte Pietro Perlingieri: "*Le parti devono comunque indicare specificamente le obbligazioni e le modalità di adempimento alle quali attribuiscono carattere di essenzialità in quanto un'indicazione generica è considerata di mero stile e quindi priva di valore impegnativo*" (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 638). Em tradução livre: "As partes devem, em todo caso, indicar especificamente as obrigações e as modalidades de adimplemento a que atribuem caráter de essencialidade, pois a indicação genérica é considerada de mero estilo e, portanto, desprovida de valor vinculativo". Similar advertência é destacada por Pietro Trimarchi: "*La clausola risolutiva espressa si deve riferire a obbligazioni e a modalità di adempimento determinate, alle quali le parti attribuiscono carattere di essenzialità. La giurisprudenza nega ogni efficacia alle clausole che prevedono la risoluzione genericamente per qualsiasi inadempimento con formule del tipo 'in caso di violazione di qualsiasi obbligo derivante dal presente contratto, questo sarà risolto': simili clausole sono intese come un mero richiamo delle regole generali di legge in tema di risoluzione, alle quali nulla aggiugono (clausole di stile)*" (TRIMARCHI, Pietro. *Il contratto*: inadempimento e rimedi. Milano: Giuffrè, 2010, p. 69). Em tradução livre: "A cláusula resolutiva expressa deve referir-se a obrigações e a modalidades de adimplemento determinadas, às quais as partes atribuem caráter de essencialidade. A jurisprudência nega qualquer eficácia às cláusulas que preveem genericamente a resolução por qualquer descumprimento com fórmulas como 'em caso de violação de qualquer obrigação decorrente do presente contrato, ele será resolvido': cláusulas semelhantes são consideradas como uma mera remissão às regras legais gerais em tema de resolução, às quais nada acrescentam (cláusulas de estilo)".

[893] Não se ignora o estranhamento inicial que pode ser despertado pela menção a uma situação hipotética na qual, a despeito da configuração do evento previsto na cláusula resolutiva expressa, ainda se vislumbre a possibilidade de a prestação atender ao interesse útil do credor. No intuito de se superar esse estranhamento, vale imaginar o seguinte exemplo hipotético: uma sociedade empresária celebra e um influenciador digital celebram contrato, a vigorar por 3 (três) meses, por meio do qual o influenciador se compromete, mediante pagamento de certa soma em dinheiro, a promover campanha publicitária mediante a divulgação diária de postagens a respeito de certa marca em suas redes sociais pessoais. Imagine-se, ainda, que o contrato celebrado pelas partes contenha cláusula resolutiva expressa prevendo, entre outras, a hipótese de o influenciador permanecer 7 (sete) ou mais dias consecutivos sem realizar as postagens devidas. Caso venha a se verificar o aludido evento previsto na cláusula resolutiva expressa (presumivelmente válida, diante da ausência de elementos em sentido contrário), a sociedade

verificação de evento previsto na cláusula resolutiva expressa – o que pode ser interessante, por exemplo, caso o credor entenda ser mais vantajoso, do ponto de vista comercial, manter os termos pactuados no contrato.[894] Destaca-se, assim, a necessidade de leitura *cum grano salis* da previsão legal a respeito da suposta operatividade "de pleno direito" da cláusula resolutiva expressa, de modo a se reconhecer que o tema evidencia uma autêntica hipótese de escolha (ou "preferência") do credor entre a resolução e a execução específica.[895]

A operatividade *de pleno direito* passaria a ser lida, então, não no sentido de operatividade imediata e independente da vontade do credor, mas sim no sentido de que, uma vez "consumado o fato objeto da convenção", nasce, "de pleno direito, a opção de o credor resolver o liame contratual".[896] Assim, a operatividade da resolução com base na cláusula

---

empresária terá a prerrogativa de promover a resolução do contrato com base na cláusula resolutiva expressa, *ex vi* do art. 474 do Código Civil. Caso, contudo, a sociedade empresária considere comercialmente mais vantajosa a manutenção da relação contratual com o influenciador, poderá, ao invés de promover a resolução do contrato, exigir o seu estrito cumprimento (sobretudo em relação às postagens dos dias vindouros).

[894] Tal sorte de possibilidade parece estar associada à peculiaridade de que, por meio do expediente da cláusula resolutiva expressa, as partes podem pré-estipular a legitimidade do remédio resolutório diante de evento que talvez não viesse a ser qualificado como inadimplemento absoluto à luz de uma análise pautada pelos parâmetros gerais do direito civil brasileiro. Nesse sentido, veja-se a lição da doutrina especializada: "A despeito do difundido emprego da cláusula resolutiva como mecanismo de gestão do inadimplemento absoluto, restringi-la à disciplina desse particular risco apequena a sua utilidade e retira dos contratantes a possibilidade, tendencialmente ilimitada, de gerir tantos outros riscos capazes de frustrar o programa contratual, em especial em razão da complexidade que os pactos empresariais assumem atualmente. Com efeito, há de se reconhecer às partes o poder de se valer da cláusula resolutiva expressa para gerir os riscos de outros eventos que, à semelhança da inexecução irremediável, comprometam o seu interesse na manutenção do vínculo" (TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore. A cláusula resolutiva expressa como instrumento privilegiado de gestão de riscos contratuais, cit., p. 142). Os autores arrematam: "A cláusula resolutiva expressa consente ao contratante não inadimplente transferir ao devedor o risco de sua insatisfação. Não obstante se afirme, usualmente, que a cláusula se destina a regular tão só o inadimplemento absoluto, não há óbice à inclusão, em seu suporte fático, de riscos diversos, desde que sua verificação conduza à disfuncionalização da relação obrigacional. Embora, em sua origem, o instituto estivesse ligado, de fato, ao inadimplemento absoluto, sua percepção histórico-relativa impõe a ampliação de seus confins, a permitir a gestão de outros riscos que, uma vez implementados, impeçam a promoção da função econômico-individual do negócio" (Ibid., p. 143).

[895] "Dispõe o art. 474 do Código Civil que a cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito, o que impõe ao credor lesado pelo inadimplemento que movimente o expediente resolutório, declarando ao obrigado o exercício de referido direito. Operar de pleno direito não significa que a relação contratual é mecanicamente extinta, independentemente de qualquer outra providência. Na realidade, representa, a partir da consumação de seu suporte fático, isto é, do inadimplemento do que arrolado na cláusula resolutiva, que à parte inocente é conferido o direito potestativo de decidir, segundo o seu interesse, se aciona ou não o dispositivo em epígrafe. A resolução do liame contratual não se perpetra automaticamente. Depende de ser colocada em funcionamento, por ato do credor, que deve manifestar ao devedor a decisão. A iniciativa de definir a continuidade ou não da relação entre as partes cabe ao credor, comunicando ao devedor que tem o contrato por extinto" (TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore. A cláusula resolutiva expressa como instrumento privilegiado de gestão de riscos contratuais, cit., p. 157).

[896] "Em suma, o efeito produzido a partir do que dispõe a lei (art. 474 CC) é, consumado o fato objeto da convenção, fazer nascer, de pleno direito, a opção de o credor resolver o liame contratual, o que se aperfeiçoa por intermédio de declaração unilateral receptícia, fazendo referência à cláusula resolutiva expressa e à ocorrência do suporte fático nela previsto, ou seja, precisando a ocorrência do fato que se amolda à hipótese de incidência ajustada consensualmente na cláusula resolutiva. Sendo prescindível a obtenção de qualquer tutela de cunho jurisdicional para acionar o expediente em exame, ele obtém eficácia a partir do momento em que, tendo o credor optado pelo remédio resolutório e expedido a declaração unilateral receptícia, o devedor é interpelado acerca da resolução levada a efeito" (TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore. A cláusula resolutiva expressa como instrumento privilegiado de gestão de riscos contratuais, cit., p. 157).

resolutiva expressa depende da declaração de vontade do credor,[897] prescindindo de interpelação judicial do devedor[898] – o que não impede, de todo modo, o controle judicial a respeito da legitimidade dos efeitos pretensamente produzidos pela resolução fundada na cláusula resolutiva expressa.[899] Não se pretende, com isso, infirmar a crítica doutrinária à inadequação do reconhecimento de "preferências discricionárias" do credor *ex vi* do art. 475 do Código Civil, mas sim ressaltar que essa crítica se relaciona diretamente à resolução amparada em cláusula resolutiva tácita, seara na qual efetivamente resultaria ilógico admitir que o credor pudesse optar livremente entre remédios (resolução e execução específica) associados a distintas espécies de inadimplemento contratual (inadimplemento absoluto e mora).[900]

---

[897] Idêntico raciocínio encontra-se positivado no *Codice Civile* italiano, cujo art. 1.456 preceitua que a resolução fundada em cláusula resolutiva "se verifica de pleno direito quando a parte interessada declara à outra que pretende valer-se da cláusula resolutiva", a evidenciar a necessidade de opção do credor pela promoção da resolução com base na cláusula resolutiva expressa. Veja-se a íntegra do referido art. 1.456 do *Codice Civile*: "Os contratantes podem acordar expressamente que o contrato se resolva no caso de uma determinada obrigação não ser cumprida na forma estabelecida. Nesse caso, a resolução se verifica de pleno direito quando a parte interessada declara à outra que pretende valer-se da cláusula resolutiva". Tradução livre do original: "*I contraenti possono convenire espressamente che il contratto si risolva nel caso che una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite. In questo caso, la risoluzione si verifica di diritto quando la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della clausola risolutiva*". Nesse contexto, como elucida Pietro Perlingieri, "para que a resolução se verifique, não é suficiente o inadimplemento, mas é necessário que a parte que o sofre declare à parte inadimplente que pretende fazer uso da cláusula resolutiva" (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 638). Tradução livre do original: "*Affinché la risoluzione si verifichi non è sufficiente l' inadempimento ma è necessario che la parte che lo subisce dichiari alla parte inadempiente di volersi avvalere della clausola risolutiva*". A propósito, v., ainda, por todos, TRIMARCHI, Pietro. *Il contratto*, cit., p. 68; e BITETTO, Anna. *Inadempimento contrattuale*: danni e rimedi opzionali. Milano: Giuffrè, 2013, p. 200-201.

[898] A partir de semelhante raciocínio, Pietro Perlingieri associa o conteúdo da "resolução de pleno direito" à noção de resolução que "opera sem a necessidade de uma sentença": "A resolução normalmente pronunciada pelo juiz opera sem a necessidade de sentença (a chamada resolução de pleno direito) em alguns casos especificamente regulamentados: (...) ii) a cláusula resolutiva expressa (...)" (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 637). Tradução livre do original: "*La risoluzione normalmente pronunziata dal giudice, opera senza la necessità di una sentenza (c.d. risoluzione di diritto), in alcune fattispecie specificamente disciplinate: (...) ii) la clausola risolutiva espressa (...)*". Semelhante construção se verifica também na seara das invalidades negociais, encontrando-se na doutrina especializada o relato a respeito da tradicional formulação teórica que antevê na distinção entre nulidades e anulabilidades o reconhecimento da existência de "nulidades de pleno direito e outras dependentes de declaração judicial", com base na noção (criticada de modo pormenorizado pelo autor) "de que as nulidades seriam dotadas de uma operatividade independente de intervenção judicial" (Ibid., p. 243).

[899] Trata-se de ressalva similar àquela já ressaltada pela doutrina por ocasião da análise da suposta operatividade "de pleno direito" da nulidade em oposição à anulabilidade: "Coerentemente com tal conclusão, supera-se igualmente o entendimento segundo o qual as nulidades operariam *pleno iure*: ao contrário, constata-se que a relevância jurídica do ato nulo sempre poderá ser percebida quando o julgador for chamado a pronunciar a invalidade" (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., p. 246-247).

[900] Em sentido parcialmente contrário, a sustentar que a "[a] resolução por descumprimento é sempre uma opção do credor, entre extinguir o contrato ou exigir o seu cumprimento", seja a resolução fundada em "cláusula expressa ou tácita", afirma Ruy Rosado de Aguiar Júnior: "A resolução por descumprimento é sempre uma opção do credor, entre extinguir o contrato ou exigir o seu cumprimento. Ocorrendo o fato do descumprimento, a mora do devedor não é suficiente para que se tenha o contrato por extinto, ainda no caso de cláusula resolutiva expressa. É indispensável uma deliberação do credor, que pode escolher entre executar (ação de adimplemento, para cumprimento em espécie ou pelo equivalente) ou ter o contrato por resolvido. A iniciativa de definir a continuidade ou não da relação entre as partes cabe ao credor, comunicando ao devedor que tem o contrato por extinto" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao*

As hipóteses comentadas acima ilustram a contradição de ordem interna (relativa ao cotejo entre os específicos remédios da resolução e da execução específica) em que incorre a enunciação da exclusividade dos remédios ao inadimplemento, por deixar de levar em consideração as não raras hipóteses em que se atribui ao credor a prerrogativa de escolha entre a resolução e a execução específica. Tal constatação posta-se, como visto, na contramão da (insuficiente) compreensão tradicional, pautada na suposta exclusão do cabimento de um remédio em hipótese de cabimento do outro, e vice-versa.

A enunciação da exclusividade dos remédios ao inadimplemento incorre, ainda, em contradição de ordem externa, percebida a partir do cotejo entre resolução e execução específica, de um lado, e os demais remédios ao inadimplemento acolhidos pelo ordenamento jurídico, de outro lado. Afinal, como exposto acima, o direito brasileiro reconhece uma larga pluralidade de remédios ao inadimplemento (como a redução proporcional do preço, a substituição e o reparo), muito além dos tradicionais (e ainda de todo relevantes) remédios da resolução e da execução específica. Impõe-se, portanto, a revisitação da formulação tradicional que, ao interpretar o art. 475 do Código Civil de modo isolado do sistema que ele integra, limita-se a enunciar o cabimento da resolução e da execução específica, sem reconhecer ao credor a prerrogativa de se valer de outros remédios que, conquanto ainda não tenham tido a generalização do seu cabimento reconhecida por regra expressa, estão inequivocamente consagrados no direito positivo brasileiro.

Aflora, nesse contexto, a redobrada importância da doutrina para a sistematização da disciplina dos remédios ao inadimplemento, em superação da postura passiva com que muitas vezes se encara o caráter fragmentário e assistemático da legislação nacional a esse respeito.[901] De fato, incumbe à doutrina o desenvolvimento de critérios para a superação da incerteza que a literalidade das previsões legais (em especial, do Código Civil) suscita a respeito do espectro de incidência dos variados remédios ofertados pelo ordenamento jurídico para a atuação diante do inadimplemento contratual.

As dificuldades na matéria parecem ter sido agravadas ao longo do tempo pela ausência de delineamento seguro do cânone valorativo que teria aptidão a nortear o propugnado esforço de sistematização – dificuldade que doravante se espera possa ser considerada superada a partir do

---

novo Código Civil. Volume VI, Tomo II, cit., p. 378). O autor prossegue: "Na resolução por inadimplemento, legal ou convencional, com cláusula expressa ou tácita, sempre restará ao credor usar ou não do seu direito potestativo de extinguir a relação" (Ibid., p. 381-382).

[901] Similar proposição já fora formulada, no âmbito da experiência italiana, por Michele Giorgianni: "*Le commentate norme sul sopravvenuto 'deterioramento' e sulla 'qualità' della prestazione generica, non sono certo idonee ad esaurire la disciplina della inesattezza qualitativa della prestazione. (...) È soprattutto su questo terreno che si fa maggiormente sentire l'assenza di una elaborazione dottrinale. Se la sistematica legislativa può essere giustificatia dalla tradizione (...) l'atteggiamento della dottrina non ci sembra altrettanto giustificato*" (GIORGIANNI, Michele. *L'inadempimento*, cit., p. 33). Em tradução livre: "As regras comentadas sobre a superveniente 'deterioração' e sobre a 'qualidade' da prestação genérica certamente não são idôneas a exaurir a disciplina da inexatidão qualitativa da prestação. (...) É sobretudo neste terreno que mais se sente a ausência de uma elaboração doutrinária. Se a sistemática legislativa pode ser justificada pela tradição (...), a atitude da doutrina não parece igualmente justificada".

reconhecimento da incidência do princípio do equilíbrio contratual, ora compreendido como mandado de otimização do programa contratual (v. item 2.1, *supra*). O reconhecimento do fundamento valorativo comum aos variados remédios ao inadimplemento possibilita, com efeito, a superação das supostas exclusividade e taxatividade tradicionalmente associadas ao tema.

Esse renovado contexto metodológico permite a sistematização (em torno do fundamento valorativo comum – o princípio do equilíbrio contratual) não apenas dos remédios ao inadimplemento, mas igualmente dos remédios incidentes em hipóteses de desequilíbrio inimputável a qualquer das partes.[902] Esse raciocínio possibilita, por exemplo, a compreensão da razão pela qual um mesmo remédio (e.g., a resolução) pode vir a atuar diante de distintas vicissitudes supervenientes, sejam elas imputáveis (hipótese do inadimplemento) ou inimputáveis (e.g., a onerosidade excessiva ou a impossibilidade superveniente fortuita).[903]

Como se pode perceber, tal circunstância está associada ao reconhecimento de que o valor que orienta a atuação do específico remédio (*in casu*, a resolução) não remete propriamente à presença ou à ausência de um fator ético-jurídico de imputação (o critério distintivo fundamental entre inadimplemento, de um lado, e onerosidade excessiva impossibilidade superveniente fortuita, de outro lado), mas sim ao mandado de otimização do equilíbrio originariamente entabulado pelas partes. Não se trata, contudo, de sustentar a irrelevância dos fatores de imputação, os quais, em realidade, permanecem desempenhando papel decisivo para a definição de diversos efeitos decorrentes da vicissitudes superveniente em questão. Desse modo, cumpre ao intérprete perquirir e diferenciar, sempre em perspectiva funcional,[904] os efeitos (inclusive os remédios) vinculados ao desequilíbrio objetivamente

---

[902] De fato, não é apenas na seara dos remédios ao inadimplemento que se percebem as sequelas do tratamento assistemático da matéria. Pense-se, ilustrativamente, na ausência de previsão legal expressa no CDC para a resolução por impossibilidade superveniente não imputável ao fornecedor de produtos ou serviços – temática destacada e equacionada, a partir de cotejo com a disciplina do Código Civil, por CARNAÚBA, Daniel; DIAS, Daniel; REINIG, Guilherme Henrique Lima. O coronavírus e a impossibilidade de cumprimento das obrigações nas relações de consumo, cit., *passim*). De todo modo, em atenção ao recorte da presente tese, a análise concentra-se nos remédios ao inadimplemento.

[903] A partir de semelhante preocupação, assevera Ruy Rosado de Aguiar Júnior: "Mais aceitável é o entendimento de estar o fundamento da resolução na necessidade de defesa do interesse do credor e, igualmente, na necessária manutenção do equilíbrio das partes no contexto do contrato, com a equivalência entre as correspectivas prestações, a ser garantida na fase funcional. Mas, se aprofundarmos um pouco a análise, logo concluiremos que a proteção daquele interesse ou a conservação deste equilíbrio não são mais do que a expressão da justiça comutativa que, em última instância, fundamenta o princípio que autoriza o credor não inadimplente (e, excepcionalmente, o devedor) requerer judicialmente o desfazimento da relação, cujo justo equilíbrio veio a ser rompido pelo incumprimento do devedor da prestação, ou pela superveniente modificação das circunstâncias" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Volume VI, Tomo II, cit., p. 445).

[904] "A perspectiva causalista parece útil, nesse sentido, ao menos por duas razões distintas. De um lado, seu potencial de reunir aspectos muito distintos do contrato (com a 'força centrípeta' a que aludia Pugliatti), congregando todo e qualquer componente funcional da avença, longe de ser um problema conceitual a ser temido pelo intérprete, oferece ao julgador uma visão global do negócio, essencial para a identificação do remédio aplicável a cada vicissitude. Os remédios, como se extrai da clássica página de Pietro Perlingieri, devem ser adequados aos interesses (...) De outro lado, a segunda utilidade que se pretende destacar para a perspectiva causalista consiste em seu potencial para auxiliar na sistematização das próprias vicissitudes que podem ocorrer

considerado (i.e., à frustração do programa contratual originário validamente entabulado) e os efeitos vinculados ao traço da imputabilidade[905] ou a outro aspecto adotado pelo legislador para o estabelecimento de normas próprias.[906]

À luz dessas considerações, a investigação sobre as perspectivas de expansão do espectro de incidência dos remédios ao inadimplemento deve se pautar, portanto, na identificação de quais sejam os pontos relevantes, à luz do dado normativo, para cada remédio atribuído às vicissitudes supervenientes. A propósito, cumpre advertir que, sem embargo da flexibilidade do sistema remedial, é certo que o remédio deve se adequar às peculiaridades de cada hipótese fática. Assim, por exemplo, a ausência de entrega do *software* pelo desenvolvedor e a entrega de *software* com mau funcionamento suscitam (ao menos, em alguma medida) remédios estruturalmente distintos (embora funcionalmente convergentes em torno da tutela do equilíbrio frustrado pelo inadimplemento). De uma parte, diante da ausência

---

supervenientemente ao contrato, e na dosagem de sua relevância jurídica. Vale dizer: se, de um lado, o estudo da causa permite uma compreensão mais abrangente e precisa do próprio acordo de interesses, de outra parte também oferece ao intérprete uma visão integrada dos muitos institutos previstos pelo legislador para disciplinar as vicissitudes contratuais e seus respectivos remédios. Nesse diapasão, figuras normalmente tratadas como *fattispecie* autônomas podem ser estudadas conjuntamente, na medida em que representam hipóteses distintas de um problema comum: o comprometimento da função negocial por uma circunstância verificada durante sua execução" (SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual, cit., p. 30-31).

[905] O raciocínio ora propugnado parece possibilitar, por exemplo, a compreensão de que, embora o cabimento da do remédio da resolução esteja atrelado à configuração de desequilíbrio, a legitimidade ativa para a promoção da resolução pode variar conforme tal desequilíbrio seja imputável ou inimputável: na hipótese de desequilíbrio imputável (inadimplemento contratual), a legitimidade ativa é restrita ao credor inocente, ao passo que na hipótese de desequilíbrio inimputável (e.g., impossibilidade superveniente fortuita) a legitimidade ativa é conferida a ambas as partes. A partir de semelhante preocupação (conquanto sem a vinculação à chave conceitual do equilíbrio contratual nos termos esposados nesta tese), afirma-se: "A resolução é, de regra, um direito concedido ao credor. (...) Quando for o caso de resolução por superveniência de circunstâncias que modificam substancialmente a base do negócio, com onerosidade excessiva no cumprimento de uma das prestações (art. 478 do Código Civil), o direito de resolver cabe à parte atingida pela posterior modificação, seja credora ou devedora" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Volume VI, Tomo II, cit., p. 469).

[906] Assim sucede, por exemplo, com a vulnerabilidade, importante fator subjacente ao regime contratual estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor. Assim, por exemplo, parece remontar justamente à vulnerabilidade (e não propriamente ao desequilíbrio ou a qualquer fator de imputação) a escolha do diploma consumerista por não exigir a prova da imprevisibilidade como requisito para a revisão contratual "em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas" (art. 6º, V, do CDC), em oposição à escolha expressa do Código Civil por estatuir a imprevisibilidade como requisito para a configuração da onerosidade excessiva (arts. 317 e 478 do Código Civil). Como se nota, dispensa-se tratamento diferenciado em matéria de vicissitudes supervenientes inimputáveis conforme o contratante seja ou não vulnerável. A propósito, elucida a doutrina: "A imprevisibilidade é o requisito subjetivo para a caracterização da onerosidade excessiva, ao menos nas relações paritárias, regidas pelo Código Civil" (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Contratos: Teoria Geral. In: TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Volume 3: Contratos. 2. ed., cit., p. 140). Os autores prosseguem: "A vulnerabilidade presumida do consumidor – tomado pelo legislador como pessoa em condição de particular vulnerabilidade – conduz à atenuação do rigor nos requisitos para a caracterização da onerosidade excessiva, alargando o espaço de intervenção judicial. Assim, o Código de Defesa do Consumidor garante objetivamente ao consumidor o direito à modificação de cláusulas que imponham prestações desproporcionais ou à sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (CDC, art. 6º, V). Dessa forma, no teor do dispositivo, não há imposição do requisito da imprevisibilidade (...)" (Ibid., p. 144). Em suma, cumpre reconhecer que "[o] regime geral do Código Civil é intencionalmente mais exigente que o do Código do Consumidor" (ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil, cit., p. 62).

absoluta de entrega, o credor poderia postular diretamente a entrega do *software* e não faria sentido, em linha de princípio, a revisão do preço. De outra parte, diante da entrega de *software* imperfeito, faria sentido atribuir ao credor a prerrogativa de promover a redução proporcional do preço, bem como a prerrogativa alternativa de postular o reparo ou a substituição do *software*.

Em suma, a partir da conjugação das premissas relativas à adoção de uma perspectiva remedial (v. item 2.3, *supra*) e à compreensão do escopo do princípio do equilíbrio contratual no direito brasileiro (v. item 2.1, *supra*), torna-se possível, como corolário lógico, a superação do caráter assistemático da disciplina dispensada pelo legislador ordinário ao tema dos remédios ao inadimplemento contratual. Com efeito, uma renovada compreensão do princípio do equilíbrio contratual não apenas propicia a releitura da noção de inadimplemento e a sistematização das variadas vicissitudes supervenientes à formação do contrato (v. item 2.2, *supra*), mas também contribui para o imperioso esforço de sistematização dos remédios dispensados a tais vicissitudes – em especial, os remédios ao inadimplemento, objeto precípuo da presente tese. Cumpre, então, investigar mais detidamente algumas efetivas possibilidades de expansão do espectro de cabimento dos remédios ao inadimplemento com base no princípio do equilíbrio contratual. Eis o escopo dos itens subsequentes.

3.2. A revisão como remédio ao inadimplemento

As reflexões a respeito da operatividade do remédio revisional usualmente se concentram (ou se cingem) à seara do desequilíbrio inimputável (notadamente, da onerosidade excessiva), e não propriamente às perspectivas de atuação da revisão como remédio ao inadimplemento. Cumpre, então, iniciar a presente análise com a advertência de que, embora este item (na esteira do escopo da presente tese) não tenha por objeto o exame da atuação da revisão como remédio à onerosidade excessiva (mas sim como remédio ao inadimplemento), afigura-se oportuno passar em revista as reflexões desenvolvidas pela doutrina em matéria de desequilíbrio inimputável.

Ao que importa mais diretamente para a investigação norteadora do presente item, esse breve olhar para as reflexões em matéria de onerosidade excessiva permite que seja destacada, em especial, a benfazeja tendência de ampla consolidação da legitimidade da incidência do remédio revisional. De fato, como já ressaltado no item 2.1, *supra*, tem

prevalecido[907] na doutrina o entendimento de que também o devedor (e não apenas o credor, como levaria a crer a literalidade dos arts. 478 e 479 do Código Civil) tem legitimidade para promover a revisão do contrato quando configurada onerosidade excessiva.

A argumentação desenvolvida para tanto se fundamenta especialmente na imprescindível interpretação sistemática dos dispositivos pertinentes, sobretudo dos arts. 478 e 317 do Código Civil, que se complementam quanto à previsão dos remédios da resolução e da revisão, respectivamente (v. item 2.1, *supra*). Mais do que o mero *cabimento* da revisão, a vertente teórica em comento não raramente sustenta a existência de um *caráter preferencial* da revisão em detrimento da resolução, à qual se reservaria o papel de "*extrema ratio*".[908] Tal circunstância decorreria, entre outros possíveis fundamentos,[909] do princípio da conservação dos negócios jurídicos ("também conhecido como *favor negotii*"),[910] que imporia, "sempre que possível",[911] a revisão do contrato (sem a resolução, portanto).[912]

---

[907] Sem embargo da vertente teórica que pugna pela restrição da legitimidade do remédio revisional à iniciativa do credor, com base em argumentos como a opção expressa do legislador refletida na literalidade dos arts. 478 e 479 do Código Civil (no sentido da atribuição ao devedor apenas da prerrogativa de resolução, reservando-se ao credor a prerrogativa da revisão mediante oferta de redução equitativa) e o escopo do art. 317 do Código Civil (alegadamente restrito à correção monetária das prestações pecuniárias, o que supostamente seria confirmado pela interpretação histórica do respectivo processo legislativo). Manifestação proeminente da aludida vertente teórica se encontra em MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Revisão contratual*, cit., p. 24 e ss.

[908] "Em uma abordagem que não encara a alteração superveniente como 'corpo estranho' à relação contratual, desprotegido pelo manto legitimador do acordo de vontades originário, e não se dirige a uma reconstrução artificiosa desse acordo à luz do novo cenário, mas pretende, tão somente, manter a proporcionalidade econômica do contrato ao longo do tempo, a resolução perde espaço, assumindo caráter preferencial o remédio da revisão judicial, que permite a manutenção da relação contratual, com a correção apenas daquilo que a torna desproporcional. A resolução permanece como um remédio possível, mas reservado a hipóteses extremas" (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 252).

[909] Imperiosa, a propósito, a remissão à lição de Anderson Schreiber: "No Brasil, a busca pela fundamentação normativa da revisão judicial afigura-se menos árdua diante do art. 317, que, como já visto, oferece, com a amplitude do seu enunciado, a base normativa para que o intérprete defenda o cabimento da revisão judicial do contrato bilateral em caso de desequilíbrio superveniente. A tal dispositivo poder-se-ia acrescentar o art. 479, em uma leitura que, procurando atribuir sentido útil à norma, concluiria desprovida de utilidade a previsão de que o réu pode se oferecer a modificar o contrato, se interpretada literalmente, pois a qualquer parte no processo é sempre dado propor um acordo ao seu adversário. Por fim, o art. 480, que prevê a possibilidade de pleitear a redução ou a modificação da prestação nos contratos unilaterais, indicaria mais uma abertura da ordem jurídica brasileira ao instrumento revisional. De resto, argumenta-se que o remédio revisional constitui um *minus* perante a resolução: assim, se o juiz pode resolver um contrato, por maior razão pode revisá-lo, pois *cui licet quod est plus, licet utique quod est minus*" (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 254).

[910] BUNAZAR, Maurício. *A invalidade do negócio jurídico*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 169.

[911] Conforme redação acolhida pelo Enunciado nº. 176 da III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, *in verbis*: "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".

[912] A ilustrar a manifestação de tal linha de pensamento na doutrina, veja-se: "Voltando ao Código Civil, temos que a epígrafe da seção em que aqueles preceitos se integram é: Da resolução por onerosidade excessiva. É assim unicamente a resolução que vem prevista em geral. Também é só a resolução que o art. 478 prevê: a modificação só surge nos arts. 479 e 480 como dependente de iniciativa da outra parte. Pareceria que o efeito geral seria a resolução, e a modificação do contrato só poderia fazer-se a pedido da contraparte (arts. 479 e 480). Há porém que contar com o princípio da conservação ou o aproveitamento do negócio jurídico, que devemos considerar um princípio geral, embora só se manifeste na lei em casos singulares. (...) Há que proceder à sistematização das

A propósito, vale registrar que, embora se possa identificar certa convergência entre o princípio da conservação dos negócios jurídicos e o princípio do equilíbrio contratual no que diz respeito à necessidade de releitura da "concepção clássica do princípio da autonomia da vontade, pois, à luz deste, a alteração de qualquer cláusula do contrato exigiria, necessariamente, uma nova manifestação de vontade",[913] reputa-se mais adequado o reconhecimento da distinção entre os campos de operatividade dos referidos princípios. O princípio da conservação dos negócios jurídicos, que sintetiza o "reconhecimento do valor e da tutela jurídica da autonomia privada",[914] tem por escopo a preservação, na maior medida possível, dos efeitos pretendidos pela declaração de vontade, em deferência ao poder jurígeno da vontade individual. Já o princípio do equilíbrio contratual (v. item 2.1, *infra*) consiste em comando de otimização da tutela do programa contratual de interesses entabulado a partir de declarações de vontade cuja eficácia jurígena já tenha sido prévia e positivamente valorada (eventualmente, com recurso ao próprio princípio da conservação).

Trata-se, para além disso, de princípios incidentes em distintos planos da relação contratual: o princípio da conservação atua no plano originário (i.e., na seara das patologias originárias – as invalidades negociais), ao passo que o princípio do equilíbrio atua no plano superveniente (i.e., na seara das patologias supervenientes). Por tais razões, apenas na

---

várias hipóteses, pois isso permite chegar a resultados diversificados. As conseqüências podem ser: a modificação quantitativa; a modificação qualitativa; a resolução" (ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil, cit., p. 64). Veja-se, ainda: "Cabe também destacar que, além da questão das patologias negociais, objeto deste estudo, o princípio da conservação também possui outra vertente relevante de aplicação: trata-se da possibilidade de revisão judicial das cláusulas acordadas entre as partes. Em tais hipóteses, prefere-se a intervenção exógena no contrato, a fim de preservá-lo, à aniquilação de seus efeitos" (WILLCOX, Victor. O princípio da conservação do negócio jurídico no temperamento das patologias negociais. In: SCHREIBER, Anderson; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; OLIVA, Milena Donato (Org.). *Problemas de direito civil*: homenagem aos 30 anos de cátedra do Professor Gustavo Tepedino por seus orientandos e ex-orientandos. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 277). O autor arremata: "O princípio da conservação do negócio jurídico, portanto, milita em favor da produção de efeitos pelo ato, tanto seja possível, seja pela via da interpretação, seja pela revisão (em vez da resolução), seja pela preservação de efeitos do negócio defeituoso (preferencialmente à declaração de nulidade ou anulação)" (Ibid., p. 279).

[913] Como afirma, ao tratar do princípio da conservação, NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*, cit., p. 185, nota de rodapé n. 302.

[914] SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., p. 296. O autor afirma: "(...) a autonomia privada, nos moldes em que é concebida ainda hoje, construiu-se em torno da afirmação de uma liberdade por meio de sua limitação jurídica (a noção de legalidade). Representando a teoria da invalidade negocial justamente uma expressão desse balizamento, seu contraponto necessário – e, por isso, presente em todos os casos de aplicação da teoria – é o reconhecimento de que a autonomia privada goza de tutela particular pelo ordenamento jurídico. A crescente expansão do solidarismo constitucional sobre a esfera privada, com a consequente transformação de todos os institutos civilísticos patrimoniais e sua funcionalização a interesses sociais, em maior ou menor medida, poderia sugerir uma progressiva rejeição da autonomia negocial pela ordem jurídica. Como já se observou em doutrina, porém, não é o que ocorre: a solidariedade social constitui apenas mais um valor a ser ponderado com a (igualmente tutelada) liberdade negocial dos privados. A consequência desse reconhecimento no âmbito da invalidade negocial é imediata e encontra-se consagrada no célebre princípio da conservação do negócio jurídico, por meio do qual se impõe ao intérprete o dever – mais do que a simples faculdade – de tentar preservar o conteúdo negocial e impedir que o ato deixe de produzir ao menos parte de seus efeitos, sempre que possível" (Ibid., p. 296-297).

eventualidade de se tomar a noção de "conservação" em sentido lato poder-se-ia admitir, nos termos assumidos nesta tese, a sua incidência tanto sobre o plano originário quanto sobre o plano superveniente.

Retornando-se a atenção à enunciação do suposto caráter preferencial da revisão em detrimento da resolução, observa-se que, sem embargo do louvável efeito de reforço da admissibilidade do remédio revisional, tal enunciação incorre em desvio conceitual similar àquele subjacente à enunciação do suposto caráter preferencial da execução específica em detrimento da resolução. Na exposição preliminar a respeito da tradicional enunciação do cabimento da execução específica e da resolução como os (alegadamente exclusivos) remédios ao inadimplemento (v. item 3.1, *infra*), buscou-se demonstrar que os referidos remédios têm distintos pressupostos de incidência – a execução específica opera diante do inadimplemento relativo e a resolução opera diante do inadimplemento absoluto. Conjugando-se tal compreensão (encontradiça na doutrina contemporânea) com a propugnada releitura do conceito de inadimplemento (v. item 2.2, *supra*), percebe-se que os campos de atuação da resolução e da execução específica se distinguem justamente conforme seja definitiva ou não definitiva a frustração do programa de interesses em que consiste o equilíbrio contratual.

A partir dessas considerações, parece possível afirmar que também na seara do desequilíbrio inimputável se justifica similar sorte compreensão dos remédios pertinentes (*in casu*, resolução e revisão): a resolução incide diante da frustração definitiva do equilíbrio contratual[915] (a qual, pela ausência do traço da imputabilidade, não pode ser considerada inadimplemento contratual relativo), ao passo que a revisão incide diante da frustração não definitiva do equilíbrio contratual[916] (a qual, pela ausência do traço da imputabilidade, não pode ser considerada inadimplemento contratual absoluto). Assim compreendida a matéria, nota-se não haver autêntica *preferência* da revisão em detrimento da resolução, mas sim uma diversidade de pressupostos de incidência de cada um dos mencionados remédios deflagrados

[915] A partir de semelhante preocupação, José de Oliveira Ascensão ressalta a possibilidade de o credor, réu em ação revisional, "reconvir com o pedido de resolução" na hipótese de o desequilíbrio ser irreversível: "Pode a parte, em vez da resolução, pedir a modificação? Já dissemos que sim, por força do princípio da conservação dos negócios jurídicos. Pode a contraparte, uma vez pedida a modificação, reconvir com o pedido de resolução? Entendemos que sim, quando o desequilíbrio contratual não puder ser sanado com a modificação (quantitativa)" (ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil, cit., p. 64).

[916] Assim também reconhece Anderson Schreiber, conquanto com base na premissa (ora criticada) concernente ao suposto caráter preferencial da revisão em detrimento da resolução, ao compreender a revisão como remédio adequado "enquanto permaneça possível o atendimento dos interesses dos contratantes e o desenvolvimento útil do empreendimento comum" (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 255). E arremata: "A revisão judicial do contrato assume, portanto, caráter preferencial sempre que o contrato reajustado pelo magistrado, ainda possa realizar concretamente o interesse comum das partes ali consubstanciado, restando a resolução como remédio subsidiário ou *ultima ratio*, aplicável apenas quando a revisão nesses termos não seja possível" (Ibid., p. 261).

pelo desequilíbrio contratual inimputável, sempre tendo como bússola o interesse útil do credor.[917]

De todo modo, nota-se, conforme já adiantado, que o desenvolvimento da civilística em matéria de onerosidade excessiva constitui valioso exemplo da benfazeja tendência de difusão e consolidação da legitimidade da revisão como remédio a vicissitudes supervenientes (*in casu*, inimputáveis). Não se trata, contudo, do único exemplo de hipótese na qual o direito brasileiro consagra a operatividade do remédio revisional diante de circunstâncias inimputáveis às partes e comprometedoras do equilíbrio contratual.

A título puramente ilustrativo dessa tendência, cumpre mencionar o art. 567 do Código Civil,[918] o qual estabelece que, na hipótese de a coisa objeto da locação se deteriorar sem culpa do locatário, "a este caberá pedir redução proporcional do aluguel" na hipótese de a coisa ainda se prestar (conquanto de modo imperfeito ou incompleto) ao fim a que se destinava.[919] Semelhante prerrogativa é assegurada pelo art. 30 do Decreto nº. 59.566/1966[920]

---

[917] Precisamente nesse sentido, afirma-se, em matéria de impossibilidade superveniente parcial inimputável: "Assim entendido, o interesse do credor é sempre a bússola que norteia o destino do dever de prestar. É à luz do fim ou do plano de emprego da prestação que o credor deve analisar se tem, ou não, interesse em receber a prestação parcial. Se o credor (infundadamente) recusar uma prestação parcial, nada obsta a que o devedor faça prova de que o credor tinha interesse na prestação, pese embora a dificuldade dessa mesma prova" (PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*, cit., p. 293-294).

[918] Art. 567 do Código Civil: "Se, durante a locação, se deteriorar a coisa alugada, sem culpa do locatário, a este caberá pedir redução proporcional do aluguel, ou resolver o contrato, caso já não sirva a coisa para o fim a que se destinava". A propósito, v., por todos, ROSENVALD, Nelson. Art. 567 [verbete]. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado*. 7. ed. Barueri: Manole, 2013, p. 597-598.

[919] A propósito, cumpre ter em mente duas importantes advertências. Em primeiro lugar, há de se ressalvar a inaplicabilidade da revisão caso o locatário tenha assumido expressamente os riscos relativos a eventual deterioração do bem locado. Assim advertiu a doutrina ao tratar dos potenciais impactos da pandemia da Covid-19 sobre os contratos de locação em *shopping center*: "Significa dizer que, caso o contrato tenha, expressa e especificamente, imputado ao locatário, por exemplo, os riscos decorrentes de pandemia seguida de suspensão das atividades por fato do príncipe, nada lhe restará senão assumir as consequências econômicas negativas do evento e continuar a adimplir sua prestação consoante contratualmente ajustado, vale dizer, pagar o aluguel nos termos pactuados. Na hipótese, todavia, de as partes não haverem procedido à alocação positiva do risco, seguem-se as regras supletivas previstas pelo legislador, cuja aplicação pressupõe a qualificação do efeito produzido pelo evento necessário e irresistível no contrato" (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Covid-19 e os contratos de locação em *shopping center*. *Migalhas*, 20/3/2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/322241/covid-19-e-os-contratos-de-locacao-em-shopping-center. Acesso em 18/8/2022). Em segundo lugar, há de se atentar à possibilidade, em tese, de que a deterioração do bem locado venha a constituir autêntico inadimplemento contratual caso se comprove ter havido falha do locador quanto ao seu dever de manter a coisa "em estado de servir ao uso a que se destina" (CC, art. 566, I), inclusive (ou sobretudo) se o locador houver assumido tal risco no âmbito do concreto contrato de locação. Assim advertiu a doutrina ao tratar dos potenciais impactos da pandemia da Covid-19 sobre os contratos de locação em *shopping center*: "A causa das restrições impostas ao locatário é, a princípio, inimputável a ambas as partes, não apenas porque a pandemia encerra força maior, mas porque muitas das restrições decorreram de fato do príncipe. Nada impede, todavia, que, no exercício legítimo da autonomia privada, as partes tenham gerido referido risco contratualmente, alocando-o a uma delas. (...)" (Ibid.).

[920] Art. 30 do Decreto nº. 59.566/1966: "No caso de desapropriação parcial do imóvel rural, fica assegurado ao arrendatário o direito à redução proporcional da renda ou o de rescindir o contrato". A propósito, cumpre ressaltar que a qualificação da *fattispecie* em comento como desequilíbrio inimputável parece ser adequada nas hipóteses em que a desapropriação efetivamente tenha origem posterior à celebração do contrato de arrendamento rural. Diversamente, na hipótese de a desapropriação ter origem anterior à celebração do contrato

ao arrendatário no caso de desapropriação parcial do imóvel rural objeto do arrendamento, hipótese em que "fica assegurado ao arrendatário o direito à redução proporcional da renda ou o de rescindir o contrato".[921]

Diante da ampla consolidação da legitimidade da revisão como remédio a atuar diante de vicissitudes supervenientes que traduzam desequilíbrio inimputável, vale destacar que a doutrina tem oportunamente expandido o espectro de incidência do remédio revisional para outra *fattispecie* que, conquanto substancialmente similar (no que diz respeito ao comprometimento do equilíbrio contratual por vicissitude superveniente inimputável), não conta com previsão expressa acerca do cabimento da revisão. Trata-se da *impossibilidade superveniente*[922] *parcial não imputável a qualquer das partes*,[923] tema para o qual o Código Civil brasileiro, na contramão da experiência de outros sistemas jurídicos,[924] não dedica expressamente nenhuma normativa geral. Isso não impediu, contudo, que a civilística nacional identificasse a viabilidade da ocorrência de impossibilidade superveniente parcial inimputável e, acima de tudo, propugnasse pelo cabimento da redução proporcional do preço.

Tal linha de entendimento se renovou sobremaneira a partir das reflexões suscitadas pelo advento da pandemia da Covid-19, notadamente em matéria de possíveis impactos da pandemia sobre contratos de locação comercial. De fato, tão logo deflagradas as medidas restritivas impostas pela crise sanitária (tais como a restrição à circulação de pessoas e a

---

de arrendamento, provavelmente estar-se-á diante de manifestação da evicção, a atrair a qualificação da hipótese como inadimplemento (portanto, desequilíbrio imputável – v. item 2.2, *supra*).

[921] A propósito, afirma-se: "(...) se a desapropriação for parcial, o arrendatário ou parceiro-outorgado poderá optar pela redução proporcional da renda ou pela rescisão contratual (Dec. n. 59.566/66, art. 30)" (DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 418). V., ainda, por todos, VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Volume 3. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 646.

[922] "A impossibilidade superveniente é, assim, por contraposição à impossibilidade originária, aquela que ocorre (...) depois da celebração do negócio jurídico" (PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*, cit., p. 214).

[923] Para o desenvolvimento dessa e das demais classificações das impossibilidades, remete-se a GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16. ed., cit., p. 174-175; e, na doutrina contemporânea, DIAS, Daniel. Impossibilidades objetiva e subjetiva da prestação: controvérsia e imprecisões. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 29, p. 173-205, out.-dez./2021, item "Introdução" e item 1.

[924] A propósito, vale destacar, ilustrativamente, as previsões contidas no art. 793 do Código Civil português e no art. 1.464 do *Codice civile* italiano: "Artigo 793.º (Impossibilidade parcial) 1. Se a prestação se tornar parcialmente impossível, o devedor exonera-se mediante a prestação do que for possível, devendo, neste caso, ser proporcionalmente reduzida a contraprestação a que a outra parte estiver vinculada. 2. Porém, o credor que não tiver, justificadamente, interesse no cumprimento parcial da obrigação pode resolver o negócio"; "Art. 1.464. Impossibilidade parcial. Quando a prestação de uma das partes se torna apenas parcialmente impossível, a outra parte tem direito a uma correspondente redução da prestação por si devida, e pode, ainda, rescindir o contrato se não tiver interesse apreciável no cumprimento parcial" (tradução livre do original: "*Art. 1464. Impossibilità parziale. Quando la prestazione di una parte è divenuta solo parzialmente impossibile, l'altra parte ha diritto a una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta, e può anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale*"). A propósito da experiência portuguesa, afirma-se: "O Código Civil português, à semelhança do direito alemão (...), do austríaco (...) e do italiano (...), consagra uma distinção entre impossibilidade total e impossibilidade parcial da prestação" (PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*, cit., p. 288).

proibição de funcionamento de um sem número de estabelecimentos comerciais), viu-se a comunidade acadêmica diante de questionamentos como o seguinte: diante da limitação parcial do uso do imóvel por parte do locatário em decorrência das medidas restritivas (a configurar impossibilidade superveniente parcial inimputável, conforme entendimento amplamente difundido),[925] o locatário faria jus a uma redução do aluguel devido? Trata-se de indagação de todo relevante, especialmente ao se levar em consideração que, por não restar configurada onerosidade excessiva (ao menos, na generalidade das hipóteses fáticas),[926] o Código Civil brasileiro não dispõe de regra expressa a respeito do cabimento da revisão contratual.

A civilística não tardou a sustentar que, nessa espécie de situação fática, impor-se-ia o reconhecimento da admissibilidade da redução proporcional do aluguel como remédio à impossibilidade superveniente parcial inimputável, a despeito da ausência de regra legal expressa a respeito da incidência do remédio revisional diante de tal espécie de impossibilidade. Não surpreende que, para fundamentar-se tal linha de raciocínio, usualmente se sustente a aplicação analógica do supramencionado art. 567 do Código Civil, que trata da deterioração parcial inimputável do bem locado.[927] Afinal, diante da identidade de razão

[925] Assim leciona Aline de Miranda Valverde Terra ao tratar dos impactos das medidas restritivas sobre os contratos de locação em *shopping center*: "No caso em tela, pode-se qualificar a restrição sofrida pelo locatário no exercício das faculdades que lhe são transferidas como impossibilidade superveniente parcial e temporária. É dizer: 1º) a impossibilidade é superveniente porque verificada após a celebração do contrato; 2º) é parcial porque o uso foi afetado parcialmente, em maior ou menor grau, a depender da atividade exercida no imóvel; no caso dos cinemas e dos teatros, por exemplo, a faculdade foi severamente reduzida, embora não de todo esgotada, já que o locatário ainda conserva a posse do bem e nele mantém seus equipamentos; 3º) é temporária porque as restrições cessarão dentro de algum tempo, assim que retiradas pelo Poder Público" (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Covid-19 e os contratos de locação em *shopping center*, cit.).

[926] Anderson Schreiber elucida a circunstância de que as dificuldades suscitadas pela pandemia em matéria de locação comercial tendem a não envolver propriamente problema de onerosidade excessiva: "Não há onerosidade excessiva no cumprimento da prestação em virtude de alteração do seu valor econômico. (...) Não há, hoje, notícia de desequilíbrio econômico entre a prestação do locador (cessão do uso e gozo do imóvel) e a prestação do locatário (aluguel) nas locações comerciais. Como já destacado em relação às locações residenciais, os imóveis atualmente continuam negociados por valores substancialmente idênticos, mas podem, em breve, se desvalorizar em virtude da recessão econômica que já começa a ser imposta pela pandemia. Aí sim, teríamos desequilíbrio contratual superveniente, atraindo a já noticiada discussão sobre o cabimento de ação de revisão do valor do aluguel antes do prazo de três anos previsto na lei especial (Lei do Inquilinato, art. 19). Hoje, contudo, não é o que acontece. O problema não está no valor econômico das prestações ou na correspondência econômica (equivalência material) entre elas, mas no fim do contrato de locação do imóvel comercial, que não pode ser alcançado pelo locatário por certo lapso de tempo" (SCHREIBER, Anderson. Contratos de locação imobiliária na pandemia, cit., p. 5).

[927] "A consequência jurídica aplicável pode ser a resolução do contrato, na hipótese de impossibilidade permanente; a exceção de contrato não cumprido, quando a impossibilidade for temporária, como no caso de suspensão legal temporária de funcionamento da atividade contratada a trato sucessivo; ou o abatimento do preço, se a impossibilidade da prestação for parcial, como na hipótese das locações comerciais, em que a posse direta do locatário, embora subsistente, encontra-se severamente limitada, a impactar a utilização da coisa e, conseguintemente, o valor pago a título de aluguel. Neste caso, alude-se justamente à hipótese, prevista no artigo 567 do Código Civil, de deterioração parcial do bem locado" (TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato; DIAS, Antônio Pedro. Contratos, força maior, excessiva onerosidade e desequilíbrio patrimonial, cit.). No

valorativa (o *princípio do equilíbrio contratual*) subjacente à tutela de cada uma das respectivas hipóteses (*impossibilidade superveniente parcial inimputável* e *deterioração inimputável*), efetivamente impõe-se a atuação dos mesmos remédios.

Afigura-se digna de nota a circunstância de que idêntica conclusão (no sentido da admissibilidade da redução proporcional do aluguel) foi propugnada pela vertente teórica que, com base em uma diversa análise da noção de impossibilidade, afirmou que a vicissitude deflagrada pelas medidas restritivas decorrentes da pandemia da Covid-19 não remontaria à noção de impossibilidade superveniente, mas sim à noção de *frustração do fim do contrato*.[928] Tal sustentação de uma rígida dissociação entre a impossibilidade superveniente e a frustração do fim do contrato parece ser o resultado de certa contaminação pela experiência do *Common Law*,[929] a ofuscar as imperiosas perspectivas de revisitação do conceito de impossibilidade a partir de perspectiva funcional, atenta à dinâmica contratual.[930]

Independentemente dessa controvérsia a respeito do enquadramento dogmático, tem-

---

mesmo sentido, v. TERRA, Aline de Miranda Valverde. Covid-19 e os contratos de locação em *shopping center*, cit.

[928] "(...) não se verifica uma impossibilidade parcial ou temporária da prestação do locador. A impossibilidade parcial ou temporária pressupõe impossibilidade em alguma medida ou por certo tempo. O problema aqui, repete-se, não é de impossibilidade das prestações do contrato: o uso e gozo do imóvel continuam transferidos continuamente ao locatário (o locador não retomou o imóvel). Também não há impossibilidade da prestação do locatário comercial, consubstanciada no pagamento do aluguel, que continua sendo plenamente possível sob o prisma jurídico e material. Aliás, sendo o aluguel fixado usualmente em dinheiro, a prestação do locatário é, por natureza, daquelas que dificilmente se impossibilitariam. Não há, portanto, impossibilidade parcial ou temporária, como também não há deterioração da coisa ou da própria prestação. As prestações da locação comercial seguem hígidas. O seu fim é que é afetado, como se verá mais adiante" (SCHREIBER, Anderson. Contratos de locação imobiliária na pandemia, cit, p. 4). O autor arremata: "O problema está no fim do contrato de locação do imóvel comercial, que o locatário não poderá alcançar por certo lapso de tempo" (Ibid., p. 7). Para uma análise pormenorizada a respeito da noção de *frustração do fim do contrato* e das suas potencialidades à luz do direito brasileiro, remete-se, por todos, a COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato*, *passim*; e MARINHO, Maria Proença. *Frustração do fim do contrato*, cit., *passim*.

[929] Para um relato acerca da origem da figura da "*frustration of contract*" no direito inglês, v. NANNI, Giovanni Ettore. Frustração do fim do contrato: análise de seu perfil conceitual. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 23, jan.-mar./2020, item 2.

[930] "Também a perda superveniente de utilidade do negócio para um dos contraentes, a partir da chamada frustração do fim do contrato, tem sido levada em consideração pela doutrina para justificar a desoneração da parte arrependida, muito embora o direito civil brasileiro tenha adotado teoria diversa para disciplinar a alteração de circunstâncias (nomeadamente, a da onerosidade excessiva). A doutrina especializada tem afirmado, não raro, que o 'fim' aludido pela referida teoria seria a própria causa em concreto do contrato – hipótese que, se verdadeira, tornaria desnecessário (e talvez inconveniente) apartar essa figura da impossibilidade superveniente, uma vez que a constatação prática de que se tornou impossível a realização da causa já levaria, de qualquer forma, à ineficácia do contrato" (SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual, cit., p. 47-78). Nesse mesmo sentido, já se pôde afirmar: "Em suma, a peculiaridade dessas hipóteses fáticas, que não deixam de representar uma impossibilidade superveniente, reside na circunstância de que tal impossibilidade somente se percebe no plano funcional (não já no plano estrutural, como aquela decorrente de simples norma proibitiva da execução do contrato). Em outros termos, sua identificação se dá a partir da constatação de que a prestação a cargo do devedor não mais se revela idônea a promover a síntese de interesses insculpidos no contrato. Exige-se, assim, do intérprete, uma análise mais sofisticada, atenta à dinâmica contratual, porém ainda atrelada ao tradicional instituto da impossibilidade" (SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Qualificação e limites das hipóteses de resolução contratual no contexto da COVID-19. In: ISMAEL, Luciana; VITALE, Olivar (Coord.). *Impactos da COVID-19 no direito imobiliário*. Porto Alegre: Paixão, 2020, p. 123-124).

se que, seja com base no conceito de impossibilidade, seja com base no conceito de frustração do fim do contrato, a doutrina contemporânea converge quanto ao reconhecimento da prerrogativa do locatário à revisão do contrato, mediante a redução do aluguel proporcionalmente às utilidades afetadas pelas medidas restritivas impostas pela pandemia. À luz de todo esse contexto, sobressai o amplo acolhimento do remédio revisional pelo direito brasileiro, inclusive para além dos limites rígidos das previsões legais expressas em matéria de desequilíbrio inimputável. Superaram-se, como já destacado no item 2.1, *supra*, as objeções teóricas de outrora, que consideravam a revisão contratual uma intervenção excessiva e indevida do Estado, por reputarem-na mais atentatória à autonomia privada do que a resolução contratual.

Nesse ponto do raciocínio, cumpre indagar se as premissas até então sedimentadas (notadamente no que diz respeito ao amplo acolhimento, pelo direito brasileiro, da revisão como remédio ao desequilíbrio contratual) foram impactadas pelo advento da Lei nº. 13.874/2019 – a denominada "Lei da Liberdade Econômica", cuja edição, conforme já se pôde destacar no item 1.1, *supra*, partiu de um discurso de índole pretensamente liberal.[931] A indagação ora suscitada se afigura de todo pertinente, uma vez que, além de outras previsões constantes do referido diploma, a Lei da Liberdade Econômica realizou alterações no Código Civil com o deliberado propósito de promover a "proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica" (art. 1º)[932] e a "intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas" (art. 2º, III).[933]

No plano específico da disciplina contratual, vale destacar que a Lei da Liberdade Econômica acrescentou ao Código Civil o novel parágrafo único ao art. 421 (além de ter alterado a redação do seu *caput*),[934] bem como o igualmente novo art. 421-A.[935] Poder-se-ia

---

[931] De fato, os postulados presentes na Lei da Liberdade Econômica vão ao encontro do ideal liberal clássico de crítica enfática ao dirigismo contratual, ideal esse refletido, por exemplo, em STOICESCO, Costantino. L'intervento dello Stato nei rapporti giuridici tra privati: a proposito d'una recente legge romana. *Rivista di Diritto Privato*, vol. III, p. 117-139, *parte prima*, 1933, p. 135 e ss.

[932] Depreende-se do art. 1º da Lei da Liberdade Econômica: "Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal. (...)".

[933] Trata-se de previsão contida no art. 2º da Lei de Liberdade Econômica, que estabeleceu o rol de princípios norteadores do diploma: "São princípios que norteiam o disposto nesta Lei: (...) III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; (...)".

[934] Art. 421 do Código Civil: "A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019) Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)".

[935] Art. 421-A do Código Civil: "Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019) I - as partes

imaginar, em análise preliminar, que tais "inovações" normativas teriam o condão de impactar o panorama geral do acolhimento do remédio revisional pelo direito contratual brasileiro, uma vez que passou a estar previsto expressamente no Código Civil que, "[n]as relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual" (CC, art. 421, p.ú.), o que se conjuga com a (redundante) previsão segundo a qual "a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada" (CC, art. 421-A, III).[936]

Parcela da doutrina nacional pronunciou-se em tom elogioso às "inovações" promovidas pela Lei da Liberdade Econômica, por entender, entre outros pontos, que a "excepcionalidade da revisão contratual" (manifestação mais emblemática da proclamada "intervenção mínima" do Estado nas relações contratuais) coadunar-se-ia com a segurança jurídica almejada pelo direito contratual. Afirmou-se, nessa linha de sentido, que a excepcionalidade da revisão contratual traduziria uma exigência da estabilidade do tráfego jurídico, uma vez que, "[s]e o sistema admitir a revisão contratual ou a liberação do vínculo por qualquer simples percalço, ruirão a obrigatoriedade dos contratos e restará prejudicado o fluxo de relações econômicas".[937]

Sucede, contudo, que, bem analisado o estado da arte do direito civil contemporâneo, percebe-se que a Lei da Liberdade Econômica se pôs a enfrentar uma suposta mazela (em

---

negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019) II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019) III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)".

[936] A propósito, relata-se, em tom crítico: "Além da alteração do *caput*, o art. 421 do Código Civil passou a contar com parágrafo único que estabelece 'o princípio da intervenção mínima' e consigna a excepcionalidade da revisão contratual. A inclusão de tal disposição no artigo do Código Civil que trata da função social do contrato – e que, a rigor, sequer precisava dele constar, haja vista a inclusão do art. 421-A em sentido idêntico – apenas reforça a já anunciada pretensão da Lei nº 13.874/2019 de estabelecer o contrato como espaço 'livre', no qual as partes têm prerrogativas para estabelecer o que lhes convier, sendo a possibilidade de valoração de seus termos episódica, rigorosa e, principalmente, excepcional" (TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei nº 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil, cit., p. 505).

[937] "Se o sistema admitir a revisão contratual ou a liberação do vínculo por qualquer simples percalço, ruirão a obrigatoriedade dos contratos e restará prejudicado o fluxo de relações econômicas. (...) Por outro lado, se o sistema jurídico exigisse o cumprimento da palavra empenhada a qualquer custo, mesmo diante do imprevisto e do imprevisível, os custos de transação seriam levados a um patamar que poderia até mesmo inviabilizar os contratos duradouros" (FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios jurídicos II – alteração do art. 113 do Código Civil: art. 7º. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Org.). *Comentários à Lei da Liberdade Econômica*: Lei 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 393-394). A autora arremata: "Para solucionar esse impasse, coloca-se a revisão contratual como saída excepcional, uma exceção diante da força obrigatória dos contratos empresariais. Como toda exceção, há de ser aplicada restritivamente, sob pena de comprometimento do fluxo de relações econômicas. Dizendo-o de outro modo: se a revisão contratual for a regra e não a exceção, o fluxo de relações econômicas restará comprometido. O inciso III do art. 421-A [do Código Civil] veio repisar essa regra, que já decorre do art. 478 do Código Civil, estabelecendo que a modificação contratual 'somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada'. Reanima-se, assim, a regra geral que privilegia o '*pacta sunt servanda*'" (Ibid., p. 394).

aparente estratagema de "falácia do espantalho")[938] que não se fazia presente, a bem da verdade, seja na práxis jurisprudencial, seja no arcabouço normativo em matéria de revisão contratual. No que diz respeito à práxis, a doutrina não tardou a destacar o caráter excepcional que a revisão contratual já assumia na prática antes da promulgação da Lei da Liberdade Econômica.[939] Aliás, antes mesmo da respectiva promulgação, já se ressaltava o caráter irreal do "mito do juiz que se substitui aos contratantes e 'reescreva' o contrato", mito que não se sustentaria diante da constatação pragmática da "hesitação e reserva, e até alguma repulsa" por parte do Poder Judiciário no tocante à operatividade do princípio do equilíbrio contratual.[940]

No que diz respeito ao arcabouço normativo, a doutrina prontamente destacou que o ordenamento jurídico já contava, de longa data, com a previsão de requisitos para a incidência da revisão (tais como os requisitos estabelecidos pelos arts. 317 e 478 do Código Civil para a deflagração da revisão como remédio à onerosidade excessiva), cujo rigor permitiria reconhecer-se que os parâmetros norteadores da intervenção judicial nos contratos "a tornam, só por si, pelo rigor dos requisitos ali previstos, limitada e excepcional".[941] Assim, sendo certo

---

[938] "A falácia do espantalho implica no modo como é apresentado antecipadamente o argumento do oponente de maneira deturpada, caricata, simplificada e errônea, auxilia a destruir sua eficácia. O efeito é o de auxiliar a versão defendida pelo jogador que enuncia a falácia do espantalho, além de fazer com que o oponente perca tempo desfazendo os equívocos plantados" (LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. O uso abusivo das falácias no processo penal brasileiro. *Consultor Jurídico*, 9/8/2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-ago-09/limite-penal-uso-abusivo-falacias-processo-penal-brasileiro. Acesso em 29/8/2022).

[939] "No âmbito judicial, parece que a preocupação que congrega diversas correntes é que o magistrado se utilize dela para intervir na relação contratual com base na sua visão pessoal do que seja o interesse social, impondo aos contratantes prestações descabidas a título de suposta socialidade. O problema maior, seja para os que defendem menos intervenção do Estado, seja para os que defendem mais, não é a ingerência estatal sobre os programas contratuais em si, mas o modo arbitrário que como isto pode ocorrer. O medo é de um juízo discricionário sobre quando e como deve haver a intervenção estatal. A contribuição da mudança legislativa para combater esse perigo foi somente afirmar legislativamente que a intervenção estatal é excepcional, de forma repetida e redundante: ao prever um 'princípio de intervenção mínima', ao preconizar a excepcionalidade da revisão contratual, ao afirmar que a alocação de riscos deve ser respeitada, que se presume a paridade até elementos em concreto em sentido contrário, etc. Entretanto, afirmar isso sem indicar critérios para identificar quando se está diante da excepcionalidade pode ser inútil, inclusive, porque, reconheça-se, um dos poucos estudos quantitativos existentes já indica que, na prática, a revisão dos contratos é excepcional" (KONDER, Carlos Nelson; COBBETT, Luccas Goldfarb. A função social do contrato após a Lei de Liberdade Econômica, cit., p. 18).

[940] Veja-se a enfática lição de Anderson Schreiber, a fornecer valiosa análise do contexto do direito civil brasileiro imediatamente anterior à promulgação da Lei da Liberdade Econômica: "(...) verifica-se, entre nós, hesitação e reserva, e até alguma repulsa, no tocante ao reequilíbrio do contrato por parte do Poder Judiciário, visto quase sempre como ameaça aos interesses e à liberdade dos contratantes. Quando, todavia, se analisam, cientificamente os resultados alcançados por nossa jurisprudência no julgamento de pleitos relacionados ao desequilíbrio contratual, originário ou superveniente, verifica-se da parte dos nossos tribunais uma atuação criteriosa, para não dizer, tímida. O mito do juiz que se substitui aos contratantes e 'reescreva' o contrato para ser algo que não atende aos interesses das partes parece, de todo, irreal" (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 329).

[941] "Todavia, não existe, a rigor, na ordem jurídica, o chamado princípio de intervenção mínima. Ao contrário, há um conjunto de pressupostos e requisitos, autorizados pela Constituição da República e incorporados ao Código Civil, para a intervenção judicial. De outra parte, a revisão e a resolução contratual encontram-se previstas nos

que a Lei da Liberdade Econômica não promoveu qualquer alteração direta dos pressupostos exigidos para a configuração do desequilíbrio contratual e para a deflagração dos respectivos remédios, impõe-se o reconhecimento de que "a previsão de excepcionalidade da revisão contratual nada adicionou ao ordenamento".[942]

Diante de tais considerações, parece possível afirmar que o "espantalho" a cujo combate se propôs o legislador reformista se associa, em maior ou menor medida, à compreensão preliminar de qual seria o escopo do *equilíbrio contratual* que haveria de servir como parâmetro para a aferição de eventual desequilíbrio e, por via de consequência, para a deflagração dos pertinentes remédios (inclusive a revisão, por certo). A análise das disposições contidas na Lei da Liberdade Econômica evidencia que a sua edição teve o propósito de combater aquele a que se referiu por paradigma heterorreferenciado do equilíbrio contratual (v. item 1.2, *supra*), o que se depreende, por exemplo, da enunciação do princípio da "liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas" (art. 2º, I) e do direito a "definir livremente, em mercados não regulados, o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda" (art. 3º, III). O diploma prestar-se-ia, então, a evitar uma excessiva intervenção do Estado em relações contratuais paritárias, em deferência à liberdade e aos demais postulados caros à teoria contratual clássica (conforme destacado no item 1.1, *supra*, por ocasião da análise das manifestações contemporâneas da "reascensão" do paradigma liberal no direito dos contratos).

O alegado receio em relação a eventuais "excessos" em matéria de revisão (e, de modo geral, em matéria de intervenção do Estado nas relações contratuais paritárias) talvez esteja associado, portanto, à restrição da compreensão do equilíbrio contratual ao seu paradigma heterorreferenciado, cujas insuficiências (ao lado do também insuficiente paradigma autorreferenciado) para a compreensão da fenomenologia do equilíbrio já foram analisadas no item 1.3, *supra*. A assunção de um renovado paradigma para a compreensão do princípio do equilíbrio contratual (conforme propugnado no item 2.1, *supra*) talvez auxilie, então, na superação do "espantalho" a que se propusera a enfrentar a Lei da Liberdade Econômica, na medida em que permite reconhecer que a revisão contratual, ao promover o programa

---

arts. 317 e 478 do Código Civil, sendo esses os parâmetros norteadores da intervenção judicial nos contratos e que a tornam, só por si, pelo rigor dos requisitos ali previstos, limitada e excepcional" (TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei nº 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil, cit., p. 505).

[942] TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei nº 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil, cit., p. 505. Compreende-se, nesses termos, a afirmação de que a Lei da Liberdade Econômica, "ao acentuar no art. 421, parágrafo único do Código o 'princípio' da excepcionalidade da revisão contratual, apenas positivou o óbvio" (FRITZ, Karina Nunes. Revisão contratual e quebra da base do negócio, cit., p. 12).

contratual de interesses (em que consiste o equilíbrio contratual), "não disputa, mas antes garante, segurança jurídica no que tange à manutenção da vontade declarada das partes, refletida nas obrigações reciprocamente assumidas".[943]

O equívoco na proclamação da "excepcionalidade da revisão contratual", na esteira da proclamada "intervenção mínima" (CC, art. 421, p.ú.), parece remontar, então, ao caráter indevidamente abstrato e apriorístico do raciocínio refletido na Lei da Liberdade Econômica. A conclusão pela possibilidade ou não de "intervenção" (no sentido de alguma atuação pautada na busca pela preservação do equilíbrio contratual) é um *posterius* no processo de interpretação-aplicação do direito, a depender da rigorosa análise da presença ou ausência dos pressupostos exigidos pelo direito positivo – tarefa para a qual o legislador reformista poderia ter fornecido auxílio mais profícuo caso houvesse se ocupado do delineamento de critérios mais concretos para a análise a ser promovida pelo intérprete à luz de cada caso concreto.[944] Afinal, a revisão contratual (assim como os demais remédios ao desequilíbrio contratual, vale ressaltar) permanece adstrita aos pressupostos e parâmetros estabelecidos pelo legislador, os quais apenas podem ser estendidos a hipóteses fáticas similares quando devidamente demonstrada a identidade valorativa subjacente à atuação de cada remédio.

O exame dos potenciais impactos da Lei da Liberdade Econômica sobre o direito dos contratos conduz, ainda, a uma curiosa constatação à luz da já mencionada vertente teórica alinhada à premissa de que o devedor não disporia de legitimidade, *prima facie*, para promover a revisão do contrato diante de onerosidade excessiva, diante da alegada ausência de norma autorizativa a esse respeito. Afirmou-se que a Lei da Liberdade Econômica pode ter findado por inovar na ordem jurídica não no que diz respeito ao caráter "excepcional" da revisão (considerando que a revisão já se podia reputar excepcional antes do advento da novel legislação, conforme razões aduzidas acima), mas sim no que concerne à positivação de uma

---

[943] TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei nº 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil, cit., p. 507.

[944] "Com efeito, limitar-se a prever a excepcionalidade da intervenção cria para os contratantes uma loteria às avessas: enquanto alguns podem ser sorteados para serem vítimas da exceção arbitrária, outros, que talvez merecessem a intervenção dependendo dos critérios adotados, cairiam na regra geral. Isso porque, por meio da modificação proposta pela Lei de Liberdade Econômica, basta que o magistrado acredite que o contrato diante dele é, justamente, aquele que é a exceção para se fazer presente o perigo de arbitrariedade judicial. Portanto, em lugar de um cenário de excesso de intervenções judiciais nos contratos, tal como imaginado a motivar tanto a MP 881 quanto a lei subsequente, criou-se muito mais um cenário de incerteza sobre as intervenções judiciais nos contratos. Por isso, teria sido muito mais salutar se o legislador, em lugar de reiterar o respeito à liberdade das partes e a excepcionalidade da revisão, tivesse estabelecido os critérios sobre quando e como isso deve ocorrer" (KONDER, Carlos Nelson; COBBETT, Luccas Goldfarb. A função social do contrato após a Lei de Liberdade Econômica, cit., p. 18-19).

norma geral acerca do cabimento da revisão como remédio ao desequilíbrio.[945]

As precedentes considerações buscaram demonstrar que, mesmo após o advento da Lei da Liberdade Econômica, permanece inalterado o amplo acolhimento, pelo direito brasileiro, da operatividade da revisão como remédio ao desequilíbrio contratual. Tal reconhecimento, contudo, usualmente se restringe à seara do desequilíbrio inimputável, não se revelando propriamente comuns as menções da doutrina à possibilidade de atuação da revisão como remédio à categoria de desequilíbrio marcada pelo traço da imputabilidade – o inadimplemento contratual –, em que pesem as inúmeras previsões legais concernentes à atuação da revisão (no mais das vezes, na modalidade de redução proporcional do preço) como remédio ao inadimplemento.

A ausência de reconhecimento das perspectivas de atuação da revisão como remédio ao inadimplemento parece ser artificialmente ocultada, na práxis, pela secular tendência de recurso à indenização das perdas e danos como resposta pragmática a hipóteses que demandariam autêntica incidência do remédio revisional. Pense-se, ilustrativamente, no seguinte caso fictício: no âmbito de relação regida por contrato de compra e venda de uma unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, a incorporadora entrega ao adquirente as chaves do imóvel (e toda a documentação pertinente) dentro do prazo de vencimento estipulado contratualmente, porém o adquirente percebe que o edifício em que se situado o apartamento não conta com salão de jogos e "espaço *gourmet*", em contrariedade ao que fora prometido pela incorporadora no âmbito do contrato celebrado com o adquirente. Poder-se-ia, ainda, imaginar que o adquirente, ao preparar sua mudança para o novo apartamento, perceba que a incorporadora não providenciou a exata quantidade de vagas de garagem prometida nos termos do contrato.

Em tal sorte de caso, a jurisprudência dos tribunais pátrios não raramente confere ao adquirente um direito à "indenização das perdas e danos" alegadamente decorrentes do

[945] "Até o advento da LLE não havia norma geral prevendo revisão dos contratos, mesmo em situações excepcionais: a possibilidade de modificação dos efeitos dos contratos somente era admitida nas hipóteses dos artigos 157, parágrafo 2º, 317, 478 ou 479 do CC. Nenhum desses casos é propriamente uma hipótese de revisão geral dos contratos. A norma de maior generalidade no sistema brasileiro é o dispositivo do Art. 317 do CC, que funciona como mecanismo de revisão da prestação nas hipóteses de alterações supervenientes das circunstâncias, quando uma prestação se torna excessivamente onerosa para uma das partes, o que consequentemente afeta o contrato e justifica sua revisão. Francisco Marino na obra mais recente do Direito brasileiro a respeito da revisão dos contratos, ainda na perspectiva anterior a LLE, afirmou peremptoriamente que 'não há, em suma, um princípio geral da revisão dos contratos no Direito positivo brasileiro'. Todavia a generalidade da nova norma abre o questionamento sobre a possibilidade de revisão dos contratos em casos excepcionais ou quando atendidos os requisitos de alguma das teorias tais como 'teoria da imprevisão', 'teoria da quebra da base objetiva' ou a 'teoria da onerosidade excessiva' (...)" (BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Função social dos contratos, lei da liberdade econômica e o coronavírus. *Consultor Jurídico*, 30/3/2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/direito-civil-atual-funcao-social-contratos-lei-liberdade-economica-coronavirus. Acesso em 23/8/2022).

cumprimento imperfeito das prestações a cargo da incorporadora. Nesse sentido, a título puramente ilustrativo, em hipóteses nas quais as construtoras entregaram ao adquirente vaga de garagem com metragem menor do que a contratada, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concluiu que tal hipótese fática "caracteriza inadimplemento contratual e não vício de quantidade, a ensejar pretensão indenizatória, estando sujeita, portanto, a prazo prescricional",[946] por entender que se estaria diante de "pretensão indenizatória por perdas e danos decorrentes do vício de quantidade do produto".[947]

O reconhecimento de um direito à indenização das perdas e danos não costuma vir acompanhado, contudo, da imprescindível comprovação de quais danos (patrimoniais ou extrapatrimoniais) teriam sido efetivamente sofridos pelo adquirente em decorrência do inadimplemento (parcial) da incorporadora.[948] Com efeito, parece tomar-se o mero fato do inadimplemento contratual como fonte imediata e necessária (ou, simplesmente, como *sinônimo*) de dano, na contramão da consagrada lição doutrinária a respeito da imprescindibilidade da comprovação do dano para a deflagração do dever de indenizar, qualquer que seja a modalidade (patrimonial ou extrapatrimonial) de dano reparável e qualquer que seja o regime (objetivo ou subjetivo; contratual ou extracontratual)[949] de responsabilidade aplicável à espécie.

Afinal, *inadimplemento* não é sinônimo de *dano*.[950] O inadimplemento consiste em

---

[946] TJSP, AI 2123654-92.2020.8.26.0000, 10ª C.D.Priv., Rel. Des. Elcio Trujillo, julg. 7/7/2020.

[947] TJSP, AI 2115102-75.2019.8.26.0000, 1ª C.D.Priv., Rel. Des. Francisco Loureiro, julg. 11/6/2019.

[948] A doutrina já teve oportunidade de ressaltar que "(...) o civilista tem sido historicamente condicionado a qualificar certas obrigações como indenizatórias muito mais em decorrência da sua fonte legal do que em reconhecimento de uma concreta função reparatória" (SOUZA, Eduardo Nunes de. Posfácio à segunda edição. In: SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa*: as obrigações restitutórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 390).

[949] Precisamente nesse sentido, alude-se ao dano como "dado imprescindível de qualquer hipótese de responsabilidade civil" (GIARDINA, Francesca. Capitolo terzo: La distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. In: VISINTINI, Giovanna. *Trattato della responsabilità contrattuale* (*diretto da*). *Volume Primo*: inadempimento e rimedi. Padova: CEDAM, 2009, p. 77). Tradução livre do original: "*dato imprescindibile de ogni ipotesi responsabilità civile*".

[950] Eis a enfática lição de Agostinho Alvim: "Como regra geral, devemos ter presente que a inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás sem objeto. Ainda mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo. Esta regra decorre dos princípios, pois, a responsabilidade, independentemente de dano, redundaria em mera punição do devedor, com invasão da esfera do direito penal" (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 181). Assim também reconhece a doutrina processualista ao tratar do campo de atuação das variadas espécies de tutelas: "As tutelas podem se dirigir contra o ilícito, contra o dano e contra o inadimplemento. O dano não se confunde com o ato contrário ao direito (ilícito). O fato danoso é consequência eventual, e não necessária, do ilícito. (...) O dano é requisito da tutela ressarcitória, seja na forma específica, seja pelo equivalente ao valor do dano" (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 604). A partir de preocupação aparentemente similar, afirma-se: "Se realmente é possível distinguir, no âmbito das obrigações resultantes de negócios jurídicos (e que, por isso, chamamos de negociais), o dever de realizar a prestação (dever de prestar) e o de reparar os danos resultantes de seu inadimplemento (dever de indenizar, ou responsabilidade civil, considerada em sentido amplo), e se também não custa admitir que se trata de dois

descumprimento contratual imputável ao devedor (v. item 2.2, *supra*), sendo certo que a conduta do devedor inadimplente pode vir ou não a causar dano injusto ao credor, razão pela qual se afigura inadequada eventual assunção de que o inadimplemento automaticamente geraria dano reparável.[951] Trata-se de percepção já de longa data ressaltada pela doutrina em matéria de dano extrapatrimonial, tendo se consolidado, ilustrativamente, o entendimento de que "do inadimplemento contratual não decorre automática e necessariamente dano moral".[952] Proliferam decisões judiciais nesse sentido, conforme se depreende da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a asseverar, por exemplo, no âmbito de pretensões indenizatórias motivadas pelo descumprimento do prazo contratual para a entrega de imóvel, que "o atraso na entrega do imóvel constitui mero inadimplemento contratual, o que, por si só, não gera dano moral indenizável",[953] afigurando-se "necessária a comprovação de circunstâncias

---

deveres de conteúdo diverso, o que igualmente não pode ser esquecido é que o segundo está umbilicalmente ligado ao primeiro, ou melhor, ao inadimplemento deste" (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 162-163). Afigura-se recomendável, contudo, cautela quanto à proposição do autor no sentido de uma conversão (aparentemente tomada em caráter automático) da obrigação negocial em obrigação indenizatória: "O que acontece com o fato do inadimplemento é, primeiro, abrir-se para o credor a possibilidade de tentar alcançar a prestação forçadamente, quando tal seja possível, e, quando não seja, obter reparação integral dos danos sofridos. Mesma esta reparação não é obrigação nova, neste caso o inadimplemento unicamente opera uma modificação no objeto da obrigação existente, convertendo-o em dever de indenizar, para, deste modo, ainda tentar dar satisfação, tão amplamente quanto for possível, ao violado interesse do credor (...)" (Ibid., p. 162-163).

[951] Assim adverte a doutrina: "As execuções forçadas *in natura* e pelo equivalente, bem como a resolução são instrumentos de tutela que se colocam automaticamente à disposição do credor diante do inadimplemento relativo ou absoluto, respectivamente; a responsabilidade civil, no entanto, só lhe será franqueada se do inadimplemento advierem prejuízos" (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução, cit., p. 56). Em sentido contrário ao raciocínio ora propugnado, a sustentar que o inadimplemento contratual causa, *per se*, dano reparável (premissa que parece ser adotada pela vertente em comento para justificar a qualificação da "execução pelo equivalente pecuniário" como pretensão indenizatória), afirma-se: "Descumprido o contrato, o credor lesado deixa de obter o cumprimento da prestação ou do dever contratual violado. A falta de recebimento dessa prestação ou desse dever é, por si só, um prejuízo decorrente da violação contratual" (STEINER, Renata C. Descumprimento contratual, cit., p. 322). A inadequação da vinculação automática e irrestrita entre inadimplemento e dano é ressaltada pela vertente doutrinária que, empenhada na rejeição da qualificação da "execução pelo equivalente pecuniário" como pretensão indenizatória, ressalta a inadequação de se considerar o art. 947 do Código Civil como suposto fundamento normativo da compreensão de que o inadimplemento acarretaria, por si só, dano ao credor: "A inclusão do dispositivo [art. 947 do Código Civil] no capítulo dedicado à indenização (arts. 944 a 954) tem levado parcela da doutrina contemporânea a interpretar o artigo como uma consagração da primazia da reparação específica sobre a reparação em pecúnia. É possível elencar, no entanto, ainda que sumariamente, alguns elementos do referido enunciado normativo que depõem contra a sua recondução ao campo da responsabilidade civil: (a) não há menção a dano ou prejuízo, elemento indispensável ao surgimento do dever de indenizar; (b) não se evoca qualquer relação de causalidade; (c) não há referência a qualquer dos critérios típicos de imputação de responsabilidade (culpa ou risco); e (d) o efeito previsto não é o nascimento de um dever de indenizar - a prestação pecuniária contemplada pelo artigo 947 não tem como referencial o valor do prejuízo sofrido pelo credor privado da prestação, mas sim o valor da própria prestação. O preceito, em verdade, se limita a prever como suporte fático a impossibilidade de cumprimento da prestação pelo devedor, atribuindo-lhe o efeito de acarretar a substituição da prestação impossibilitada pelo seu valor, em moeda corrente" (MANSUR, Rafael. Execução pelo equivalente pecuniário, cit.).

[952] OLIVA, Milena Donato. Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 93, p. 13-28, maio-jun./2014, item 3.

[953] STJ, AgInt no AREsp 1.987.447/RJ, 3ª T., Rel. Min. Moura Ribeiro, julg. 8/8/2022. No mesmo sentido, v., entre outros, STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.955.973/RJ, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 15/8/2022; STJ,

específicas que podem configurar a lesão extrapatrimonial".[954] Semelhante conclusão (no sentido de que o inadimplemento contratual não acarreta, *per se*, dano moral) é encontrada, ainda, entre muitos outros, em casos que envolvem pretensão indenizatória motivada por cobertura indevida de atendimento por operadora de plano de saúde.[955]

Esses exemplos prestam-se a ilustrar que, conforme adiantado acima, o encontradiço recurso à indenização de (ou conversão em) perdas e danos tem servido como resposta pragmática a problemas que suscitariam autêntica aplicação da revisão como remédio ao inadimplemento. Não se trata de afirmar a impossibilidade de a conduta configuradora de inadimplemento contratual causar danos reparáveis – hipótese na qual se haveria de cogitar da própria cumulatividade entre a pretensão indenizatória e os remédios ao inadimplemento –,[956] mas tão somente de ressaltar que o inadimplemento – que não se confunde conceitualmente com o dano – não necessariamente acarreta, por si só, dano injusto.[957] Levando-se em

---

AgInt no AREsp 1.995.953/RJ, 4ª T., Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julg. 27/6/2022; STJ, AgInt no AREsp 1.941.686/RJ, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 20/6/2022; e STJ, AgInt no AREsp 1.996.020/SC, 4ª T., Rel. Min. Raul Araújo, julg. 20/6/2022.

[954] STJ, AgInt no REsp 1.767.876/RJ, 4ª T., Rel. Min. Raul Araújo, julg. 27/6/2022.

[955] "(...) 1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o descumprimento contratual por parte da operadora de saúde, que culmina em negativa de cobertura para procedimento de saúde, somente enseja reparação a título de danos morais quando houver agravamento da condição de dor, abalo psicológico ou prejuízos à saúde já debilitada do paciente. 2. Na hipótese, deve ser confirmado o v. acórdão, no que tange à ausência do dever de indenizar, por considerar não ter ficado demonstrada situação capaz de colocar em risco a integridade física e psíquica da agravante, bem como de gerar abalo que ultrapasse o mero dissabor decorrente do inadimplemento contratual. (...)" (STJ, AgInt no REsp 1.940.890/SP, 4ª T., Rel. Min. Raul Araújo, julg. 13/12/2021). Registre-se, por oportuno, que em tais casos nota-se aparente tendência da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ao reconhecimento da presunção de dano moral (referida pela noção de dano moral *in re ipsa*) em decorrência da negativa indevida de cobertura de tratamento médico-hospitalar. A propósito, veja-se, ilustrativamente: "(...) 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consagra entendimento no sentido de que a recusa indevida ou injustificada pela operadora de plano de saúde à cobertura de tratamento médico a que esteja legal ou contratualmente obrigada constitui dano moral presumido, não havendo que se falar em mero inadimplemento contratual. (...)" (STJ, AgInt no AREsp 1.924.110/SP, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 23/5/2022).

[956] Assim elucida a doutrina no âmbito dos vícios redibitórios, em entendimento extensível a outras hipóteses de inadimplemento contratual: "(...) como já se antecipou linhas acima, os remédios são, sim, cumuláveis. E o são porque se trata de objetos distintos, de naturezas distintas. A pretensão indenizatória reveste-se de um caráter autônomo em relação aos demais meios de proteção conferidos ao credor-adquirente. O emprego de uma das medidas de proteção conferidas ao credor-adquirente 'não apaga o dano causado', nem afasta a possibilidade de pleitear-se a reparação civil pelos prejuízos derivados do vício redibitório. É de admitir-se, portanto, a cumulação da pretensão indenizatória com as 'ações edilícias (redibitória e estimatória), seja nas relações civis, seja nas relações de consumo'. Assim, o credor pode valer-se dos meios edilícios autonomamente ou de maneira conjunta com a ação de indenização 'por inadimplemento ou por adimplemento ruim, que inadimplemento é, pois os objetos são diferentes". E essa diversidade de objetos justifica não apenas a possibilidade de cumulação dos remédios, mas também a diversidade de prazos a que seu exercício se submete" (GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro*, cit., p. 128-129).

[957] Por oportuno, cumpre destacar a possibilidade de, a despeito da ausência de prova do dano, o inadimplemento deflagrar certas pretensões a cargo do credor, como já advertia Agostinho Alvim sob a égide do CC/1916: "É imprescindível que exista dano, salvo casos excepcionais. Este princípio está consagrado nos arts. 1059 e 1.060 do Cód. Civ., que partem ambos do pressuposto de um dano, ou prejuízo. É verdade que o primeiro daqueles cânones começa ressalvando exceções. Mas estas dizem respeito aos juros moratórios e à cláusula penal, como assinalam os autores e está na lei (Cód., arts. 927 e 1.064). Poderíamos ajuntar a multa penitencial e as arras penitenciais, institutos estes todos que admitem indenização, independente de dano" (ALVIM, Agostinho. *Da*

consideração a circunstância de que tal ordem de advertência já se encontra consideravelmente difundida na seara do dano moral, parece ser chegada a hora de a civilística dar semelhante passo na seara do dano patrimonial. Busca-se com isso, evitar que a ausência de adequada compreensão da operatividade dos remédios ao inadimplemento (destacadamente, do remédio revisional) finde por produzir a consagração de um sem-fim de hipóteses do que se poderia referir por "danos patrimoniais *in re ipsa*", cuja impropriedade pode ser explicada, guardadas as devidas proporções, pelas críticas que a doutrina de longa data opõe à figura dos chamados "danos morais *in re ipsa*".[958]

O reconhecimento da aplicabilidade do remédio revisional (apto a justificar, nos exemplos preliminares a respeito de prestações imperfeitas por parte da incorporadora imobiliária, a redução proporcional do preço devido pelo adquirente) posta-se em conformidade com a premissa metodológica geral no sentido de que o mecanismo de tutela pertinente varia de acordo com a patologia a ser enfrentada.[959] Assim como a *revisão* (entre outros exemplos que se poderia cogitar, como a *resolução*) consiste em remédio ao desequilíbrio contratual, a *indenização* consiste em remédio ao dano injusto e a *restituição* consiste em remédio ao enriquecimento sem causa. Poder-se-ia assim resumir o quanto exposto: *o remédio deve ser adequado* (*ao interesse concretamente lesado e, portanto) à patologia*.

---

inexecução das obrigações e suas consequências, cit., p. 180). De todo modo, segundo o autor, mesmo essas hipóteses "[n]ão são propriamente casos de indenização sem dano, e sim de dispensa da alegação de prejuízo" (Ibid., p. 180).

[958] A propósito, já se pôde sustentar: "A formulação da noção de dano (moral) *in re ipsa* encontra-se substancialmente influenciada pela vertente subjetiva de compreensão do dano moral. A afirmação do atributo *in re ipsa* traduziria, assim, bem-intencionada proposta de solução a obstáculo criado por essa própria linha de entendimento, consistente na dificuldade (quiçá, impossibilidade) de a vítima comprovar concretamente a intensidade de seu sentimento de dor ou sofrimento. A afirmação de que os danos morais se manifestam *in re ipsa* serviria, então, a viabilizar a concessão da tutela reparatória sem a necessidade de se percorrer a *via crucis* da prova do abalo psicológico, sobretudo em hipóteses consideradas particularmente graves pelo julgador. Entretanto, reconhecendo-se a já referida feição objetiva do dano moral, entende-se desnecessário o recurso à atribuição do caráter *in re ipsa*" (TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Notas sobre o dano moral no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 30, p. 33-60, out.-dez./2021, p. 51). Nesse sentido, v., ainda, TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil*. Volume 4: responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 43; e OLIVA, Milena Donato. Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo, cit., item 2.

[959] Tal percepção converge com a lição da doutrina processualista a respeito da distinção entre os mecanismos de tutela deflagrados pelo ato ilícito, pelo dano e pelo inadimplemento: "As tutelas podem se dirigir contra o ilícito, contra o dano e contra o inadimplemento. O dano não se confunde com o ato contrário ao direito (ilícito). O fato danoso é consequência eventual, e não necessária, do ilícito. As tutelas inibitória e de remoção do ilícito se dirigem, respectivamente, contra a probabilidade de ilícito e contra o ilícito praticado; não contra a probabilidade de dano e contra o dano (art. 497, parágrafo único, CPC). O dano é requisito da tutela ressarcitória, seja na forma específica, seja pelo equivalente ao valor do dano. Assim, a culpa nada tem a ver com as tutelas inibitória e de remoção do ilícito (art. 497, parágrafo único, CPC). A culpa é critério para a imputação da sanção ressarcitória. Por outro lado, a tutela específica do adimplemento requer como pressuposto apenas o não cumprimento. Não o dano. O dano e a culpa constituem requisitos para a tutela ressarcitória eventualmente cumulada à tutela específica do adimplemento" (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 604).

Valioso exemplo da relevância prática do raciocínio ora exposto encontra-se na diferenciação entre o prazo decadencial incidente sobre as prerrogativas deflagradas pelo vício do produto (ou do serviço) e o prazo prescricional incidente sobre a pretensão indenizatória deflagrada pelo fato do produto (ou do serviço) no âmbito das relações de consumo.[960] O *vício* do produto ou do serviço, justamente em razão da sua recondução funcional à categoria do inadimplemento contratual (v. item 2.2, *supra*), deflagra a incidência de *remédios ao inadimplemento* (como a "substituição do produto por outro da mesma espécie", o "abatimento proporcional do preço" e os demais remédios previstos pelos arts. 18 e ss. do CDC), os quais se sujeitam aos prazos decadenciais previstos pelo art. 26 do CDC.[961] Já o *fato* do produto ou do serviço, passível de recondução ao regime da responsabilidade civil, deflagra a incidência de *remédios ao dano injusto* (notadamente, a reparação pecuniária e/ou não pecuniária), os quais se sujeitam ao prazo prescricional previsto pelo art. 27 do CDC.[962]

Diante da distinção funcional entre *vício* e *fato*, a repercutir na distinção entre os respectivos remédios, compreende-se a possibilidade, *a priori*, de veiculação de pretensão indenizatória pelo consumidor (respeitado o prazo prescricional de que trata o art. 27 do CDC) mesmo após eventual decurso do prazo decadencial pertinente (nos termos do art. 26 do CDC). Essa possibilidade tem sido reconhecida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, da qual de colhe a identificação da distinção entre os "limites no tempo para o consumidor reclamar de vícios (prazo decadencial previsto art. 26) e para pleitear indenização

---

[960] Após relatar a controvérsia identificada a esse propósito, Rebeca dos Santos Garcia sustenta: "Há, contudo, outra linha de entendimento – a nosso ver mais acertada –, no sentido da autonomia do prazo prescricional da pretensão indenizatória. De acordo com essa outra leitura, o prazo para pleitear-se a reparação civil pelos prejuízos decorrentes do vício redibitório não se confunde com os prazos previstos para os remédios edilícios. Não apenas os pressupostos de cada plano de consequências decorrentes dos vícios redibitórios se diferenciam – a começar, e a sublinhar, o elemento culpa. (...) Além disso, o legislador em momento algum, ao tratar dos prazos no regime dos vícios redibitórios, referiu-se à indenização. No caso da pretensão indenizatória, aplica-se o prazo (prescricional) previsto na parte geral do Código Civil. Nessa ordem de ideias, 'embora vencido o prazo da ação redibitória, ainda assim caberia indenização'. Esse entendimento – a nosso ver mais acertado –, no sentido de que o prazo da reparação civil pelos prejuízos derivados do vício redibitório não se confunde com o prazo decadencial a que se sujeitam as ações edilícias, tem prevalecido entre os autores e os tribunais" (GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro*, cit., p. 159-160).

[961] Art. 26 do CDC: "O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em: I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis; II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis. § 1° Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços. § 2° Obstam a decadência: I - a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca; II - (Vetado). III - a instauração de inquérito civil, até seu encerramento. § 3° Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito".

[962] Art. 27 do CDC: "Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria".

pela reparação de danos causados por fato do produto ou do serviço (prazo prescricional indicado no art. 27)".[963] Idêntica conclusão quanto à distinção entre o prazo decadencial incidente sobre as prerrogativas asseguradas pelos arts. 18 e ss. do CDC (consistentes em autênticos remédios ao inadimplemento) e o prazo prescricional incidente sobre a pretensão indenizatória se faz presente também nas decisões que se assentam na incidência do prazo prescricional geral decenal de que trata o art. 205 do Código Civil[964] em detrimento da incidência do prazo prescricional quinquenal do art. 27 do CDC.[965]

Semelhante raciocínio se faz presente também na disciplina dos vícios redibitórios em relações paritárias (fora do campo de incidência do CDC, portanto). Impõe-se, também nessa seara, o reconhecimento da distinção entre o prazo decadencial incidente sobre as denominadas *ações edilícias*[966] (autênticos remédios ao inadimplemento assegurados ao adquirente pelos arts. 441 e 442 do Código Civil) e o prazo prescricional incidente sobre a pretensão indenizatória deflagrada por eventual dano sofrido pelo adquirente em decorrência

[963] STJ, AgInt no AREsp 738.587/RJ, 4ª T., Rel. Min. Marco Buzzi, julg. 6/3/2018. No mesmo sentido, veja-se, ilustrativamente: "(...) 1. O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu limites temporais diferentes para a responsabilização civil do fornecedor. O art. 27 prevê o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para a pretensão indenizatória pelos danos causados por fato do produto ou do serviço; e o art. 26, o prazo decadencial de 30 (trinta) ou 90 (noventa) dias para a reclamação, conforme se trate de vícios aparentes ou de fácil constatação de produtos ou serviços não duráveis ou duráveis. 2. Segundo a jurisprudência desta Corte, se o produto apresenta vício quanto à quantidade ou qualidade, ou que lhe diminua o valor, estar-se-á diante de vício aparente ou de fácil constatação, de acordo com o art. 26 do Código Consumerista. 3. No caso, decaiu em 90 (noventa) dias o direito de os autores reclamarem da diferença entre a metragem do imóvel veiculada em propaganda e a área do apartamento descrita na promessa de compra e venda. 4. A pretensão de indenização pelos danos morais experimentados pelos autores pode ser ajuizada no prazo prescricional de 5 (cinco) anos" (STJ, REsp 1.488.239/PR, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 1/3/2016).

[964] Na esteira do entendimento acerca da inaplicabilidade, às pretensões fundadas em responsabilidade civil contratual, do prazo prescricional trienal de que trata o art. 206, § 3º, V, do Código Civil, conforme assentado pela Corte Especial do STJ: "(...) III - A unidade lógica do Código Civil permite extrair que a expressão 'reparação civil' empregada pelo seu art. 206, § 3º, V, refere-se unicamente à responsabilidade civil aquiliana, de modo a não atingir o presente caso, fundado na responsabilidade civil contratual. IV - Corrobora com tal conclusão a bipartição existente entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual, advinda da distinção ontológica, estrutural e funcional entre ambas, que obsta o tratamento isonômico. V - O caráter secundário assumido pelas perdas e danos advindas do inadimplemento contratual, impõe seguir a sorte do principal (obrigação anteriormente assumida). Dessa forma, enquanto não prescrita a pretensão central alusiva à execução da obrigação contratual, sujeita ao prazo de 10 anos (caso não exista previsão de prazo diferenciado), não pode estar fulminado pela prescrição o provimento acessório relativo à responsabilidade civil atrelada ao descumprimento do pactuado" (STJ, EREsp 1.281.594/SP, C.E., Rel. p/ acórdão Min. Felix Fischer, julg. 15/5/2019).

[965] Nesse sentido, v., ilustrativamente: "(...) 8. O prazo decadencial previsto no art. 26 do CDC relaciona-se ao período de que dispõe o consumidor para exigir em juízo alguma das alternativas que lhe são conferidas pelos arts. 18, § 1º, e 20, caput, do mesmo diploma legal (a saber, a substituição do produto, a restituição da quantia paga, o abatimento proporcional do preço e a reexecução do serviço), não se confundindo com o prazo prescricional a que se sujeita o consumidor para pleitear indenização decorrente da má-execução do contrato. 9. Quando a pretensão do consumidor é de natureza indenizatória (isto é, de ser ressarcido pelo prejuízo decorrente dos vícios do imóvel) não há incidência de prazo decadencial. A ação, tipicamente condenatória, sujeita-se a prazo de prescrição. 10. À falta de prazo específico no CDC que regule a pretensão de indenização por inadimplemento contratual, deve incidir o prazo geral decenal previsto no art. 205 do CC/02. (...)" (STJ, REsp 1.819.058/SP, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 3/12/2019).

[966] "edilícias porque criadas através dos editos dos edis curuis", no âmbito do Direito Romano, conforme relata BENEDUZI, Renato Resende. De concurrentibus actionibus *e o concurso de demandas*, cit., p. 84.

do inadimplemento por parte do alienante.[967] Nesse sentido, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de asseverar que "[a]s pretensões indenizatórias decorrentes de vícios redibitórios não são, necessariamente, vinculadas a ação redibitória, sendo possível a formulação de pedidos com natureza diversa, submetidos a prazo prescricional, e não decadencial, como na hipótese dos autos".[968]

Os prazos decadenciais e prescricionais são não apenas distintos, mas igualmente passíveis de decurso simultâneo. Basta, para tanto, que no mesmo caso concreto uma parte pretenda se valer de remédios deflagrados pelo inadimplemento contratual e de remédios deflagrados pelo dano injusto. Assim, por exemplo, a se imaginar que o adquirente, no âmbito de relação paritária, venha a ser surpreendido, dentro do prazo máximo de que trata o art. 445,

[967] Não se trata, contudo, de conclusão incontroversa em doutrina. Em realidade, subjaz à presente temática a histórica controvérsia acerca da indenizabilidade dos denominados "danos *extra rem*" em oposição aos denominados "danos *circa rem*". Tal controvérsia pode ser assim resumida: "Sempre constituiu motivo de controvérsia na doutrina a possibilidade dos vícios redibitórios permitirem a formulação de pedidos autônomos (perdas e danos) além dos específicos à ação redibitória. Pontes de Miranda preconiza a autonomia dos pedidos indenizatórios oriundos do defeito oculto, ao proclamar que eles 'nada têm com a preclusão que a lei fixa para a redibição. É preciso que não se confunda prazo preclusivo para a pretensão à responsabilidade por vício do objeto com as pretensões que se irradiam do exercício daquela pretensão'. A mesma questão vem se tornando recorrente no que diz respeito aos vícios do produto ou do serviço. Pedidos de danos materiais e morais decorrentes desses vícios chegam com frequência ao Judiciário. (...) Tornemos corno exemplo o caso de um veículo zero-quilômetro, que apresenta defeitos. A concessionária, instada várias vezes para corrigir os defeitos, leva meses para atender as solicitações do consumidor, causando-lhe inúmeros aborrecimentos. Pode esse consumidor pleitear também danos morais? (...) Para o correto enfrentamento da questão há que se proceder à distinção entre dano *circa rem* e dano *extra rem*. A expressão latina *circa rem* significa próximo, ao redor, ligado diretamente à coisa, de modo que não pode dela desgarrar-se. Assim, dano *circa rem* é aquele que é inerente ao vício do produto ou do serviço, que está diretamente ligado a ele, não podendo dele desgarrar-se. A expressão latina *extra rem* indica vínculo indireto, distante, remoto; tem sentido de fora de, além de, à exceção de. Consequentemente, o dano *extra rem* é aquele que apenas indiretamente está ligado ao vício do produto ou do serviço porque, na realidade, decorre de causa superveniente, relativamente independente, e que por si só produz o resultado" (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 620-621). O aprofundamento da análise dessa temática não comportaria desenvolvimento adequado nesta sede. De todo modo, parece possível depreender da própria lição de Sergio Cavalieri Filho uma possível origem da eventual dificuldade para o reconhecimento da autonomia entre as pretensões indenizatórias e as pretensões relativas aos remédios ao inadimplemento. Faz-se menção às passagens em que o autor alude às pretensões relativas ao remédios ao inadimplemento como supostas pretensões indenizatórias: assim, por exemplo, o autor cogita de uma "dupla indenização" ao tratar das distintas pretensões em comento, além de afirmar que "[o] prazo para exercer o direito de indenização será (...) decadencial" ao tratar dos denominados danos *circa rem*, ao passo que para os denominados danos *extra rem* "a pretensão indenizatória é dotada de autonomia, pelo que o prazo para exercê-la será prescricional" (Ibid., p. 621). A aludida origem da dificuldade conceitual remontaria precisamente à identificação de que a mera existência de vício traduziria um dano ("*circa rem*"), ao passo que, como propugnado nesta tese, o vício pode ou não vir a gerar dano, sendo certo que o inadimplemento não é sinônimo de dano. A bem da verdade, parece haver certa convergência entre a formulação ora proposta e a formulação subjacente à distinção tradicional presente nas passagens transcritas acima: tanto é verdade que o inadimplemento, *per se*, não se confunde com eventuais danos porventura incutidos ao credor que a civilística sentiu historicamente a necessidade de afirmar a possibilidade de configuração de "outros" danos que não a mera existência do vício, inclusive com o reconhecimento da distinção entre a natureza da situação jurídica deflagrada e a natureza dos respectivos prazos para exercício (o direito às ações edilícias ou às prerrogativas diante dos danos "circa rem" decorrentes de vício do produto ou do serviço teria natureza de direito potestativo e sujeitar-se-ia a prazo decadencial, ao passo que o direito à indenização pelos danos "extra rem" teria natureza de direito subjetivo e sujeitar-se-ia a prazo prescricional).

[968] STJ, AgInt no REsp 1.677.308/DF, 3ª T., Rel. Min. Moura Ribeiro, julg. 18/3/2019.

§ 1º, do Código Civil,[969] por determinado acidente no imóvel em razão de vícios construtivos imputáveis ao alienante, impor-se-á o reconhecimento de que esse adquirente poderá se valer de duas (distintas) espécies de remédios, sujeitas a distintos prazos. De uma parte, o adquirente disporá do prazo decadencial de 1 (um) ano, nos termos do art. 445, *caput*, do Código Civil, para promover a ação redibitória ou a ação estimatória. De outra parte, o referido evento igualmente deflagraria o início da fluência do prazo prescricional (tendencialmente, o prazo decenal de que trata o art. 205 do Código Civil, na esteira do já referido entendimento firmado pela Corte Especial do STJ no julgamento do EREsp 1.281.594/SP) incidente sobre a pretensão do adquirente à indenização dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais efetivamente sofridos. Trata-se, como se percebe, de prazos distintos incidentes sobre também distintas pretensões potencialmente aduzidas pela mesma pessoa.[970]

Sem qualquer pretensão de detalhamento da análise acerca do regime prescricional e decadencial – que extrapolaria o escopo da presente tese –, busca-se, com a precedente reflexão, destacar que a "fuga para a responsabilidade civil" traduz, no mais das vezes, uma resposta pragmática para uma carência de proteção do credor, da qual se ressente a jurisprudência notadamente em razão da ausência de reconhecimento das perspectivas de atuação da revisão como remédio ao inadimplemento. Aliás, pode-se afirmar que a ausência de reconhecimento da operatividade da revisão como remédio ao inadimplemento causa estranhamento não só em razão da já comentada distinção funcional entre os remédios deflagrados por distintas patologias (inadimplemento versus dano injusto versus enriquecimento sem causa), mas também por ao menos outras duas razões.

A uma, porque não se vislumbra diversidade de *ratio* que justifique, em linha de princípio, tratamento distinto entre os remédios ao desequilíbrio inimputável (seara na qual o direito positivo contempla diversas relevantes previsões de atuação da revisão, como sucede

---

[969] "O Código refere ainda a uma terceira hipótese, quando o vício só puder ser conhecido mais tarde, em razão de sua própria natureza, isto é, independentemente da diligência do adquirente. (...) Nesses casos, o legislador estabeleceu duplo sistema de prazos. Em primeiro lugar, os prazos do *caput* [do art. 445 do Código Civil], já examinados, serão contados da data em que foi descoberto o vício, e não da data da transmissão ou da alienação. Para evitar insegurança jurídica, o legislador estabelece prazo máximo dentro do qual essa descoberta deve ocorrer, que será de cento e oitenta dias para móveis e um ano para imóveis. Assim, para o adquirente poder exercer o direito decorrente da garantia, deve constatar o vício dentro do prazo máximo (cento e oitenta dias ou um ano), que se conta da transmissão ou alienação do bem, e deve exercer o direito nos prazos de trinta dias ou um ano, contados da data da descoberta" (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Contratos: Teoria Geral. In: TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Volume 3: Contratos. 2. ed., cit., p. 128).

[970] A possibilidade em comento parece decorrer de raciocínio similar àquele que, em matéria de invalidades negociais, reconhece a independência entre a pretensão de ressarcimento e o direito à invalidação (v., nesse sentido, BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil*: uma análise da omissão de informações. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 387 e ss.), na medida em que, tal como os remédios ao inadimplemento não se confundem com remédios ao dano, igualmente os remédios à invalidade não se confundem com os remédios ao dano.

na disciplina da onerosidade excessiva) e os remédios ao inadimplemento. De fato, sem prejuízo das pontuais diferenças porventura legitimamente associadas pelo legislador a caracteres peculiares (caso da vulnerabilidade do consumidor, a justificar o abrandamento dos pressupostos para a incidência da revisão diante de desequilíbrio inimputável, conforme destacado no item 2.1, supra), a *ratio* comum às variadas hipóteses de vicissitudes supervenientes (imputáveis ou inimputáveis) é precisamente a frustração do programa contratual de interesses cuja promoção é imposta pelo princípio do equilíbrio contratual. Essa identidade de fundamento valorativo reclama, portanto, a oferta de idêntica solução jurídica (aqui traduzida na exigência de identidade entre os remédios assegurados pelo ordenamento jurídico).[971]

A duas, porque – e aqui reside a constatação mais curiosa neste ponto da matéria – o direito positivo brasileiro já convive, de longa data, com a previsão expressa (conquanto de modo fragmentário) de inúmeras hipóteses de incidência de mecanismos de tutela que, uma vez lidos em perspectiva funcional, correspondem a autênticas hipóteses de atuação da revisão como remédio ao inadimplemento. É exatamente isso que acontece com as variadas previsões da legislação brasileira a que se fez preliminar menção no item 3.1, *supra*, as quais ora se retoma no intuito de destacar a identidade funcional entre essas diversas manifestações do remédio revisional.

De início, vale rememorar as previsões pertinentes contidas no Código de Defesa do Consumidor. Em três dispositivos o diploma consumerista atribui expressamente ao

[971] Para além da expansão do espectro de incidência da revisão como remédio ao inadimplemento (objeto central da investigação em curso), o presente raciocínio afigura-se idôneo a justificar, igualmente com base em raciocínio analógico e funcionalmente orientado, também a expansão do espectro de incidência da resolução como remédio a outra espécie de desequilíbrio, esta marcada pela inimputabilidade. Trata-se de observação relevante para que se possa compreender, por exemplo, que, diante da configuração de desequilíbrio (inimputável) nos termos do art. 6º, V, do CDC, o consumidor tem direito não apenas à "revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem [as cláusulas contratuais] excessivamente onerosas" (como se depreende da literalidade do dispositivo em comento), mas igualmente à resolução contratual (hipótese não contemplada expressamente pelo diploma consumerista em matéria de onerosidade excessiva). Assim, afiguram-se cabíveis nas relações de consumo, em tese, tanto a revisão quanto a resolução em caso de onerosidade excessiva, em paralelo com os remédios (e respectivas ressalvas e balizamentos) assegurados ao contratante em geral pelos arts. 317 e 478 do Código Civil, sem se descuidar, por certo, dos pressupostos mais brandos exigidos pelo art. 6º, V, do CDC (a ressaltar a desnecessidade de prova da imprevisibilidade ou extraordinariedade do evento, por exemplo) para a deflagração de tais prerrogativas do consumidor. Semelhante preocupação parece subjazer à lição de José de Oliveira Ascensão, conquanto o autor pareça aproximar-se da exigência de comprovação dos requisitos gerais do Código Civil para o reconhecimento do direito do consumidor à resolução contratual diante da onerosidade excessiva: "O efeito ou conseqüência jurídica está fixado no art. 478 e seguintes, que dão a disciplina geral e ultrapassam a previsão setorial do art. 317. Consiste na resolução ou na modificação do contrato. O art. 6, V, do Código do Consumidor, pelo contrário, só alude à revisão das cláusulas contratuais. Terá em vista apenas desproporções quantitativas, sanáveis pela revisão, e não alterações qualitativas que imponham a resolução do contrato. Isso não impede todavia que também o consumidor recorra ao sistema geral, e peça a resolução do contrato. Terá de satisfazer então os pressupostos desta, em primeiro lugar, o de que a onerosidade excessiva se funde numa verdadeira alteração anormal das circunstâncias" (ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil, cit., p. 64).

consumidor a prerrogativa de "abatimento proporcional do preço". Assim o faz nas disciplinas do vício de qualidade do produto (art. 18, § 1º, III), do vício de quantidade do produto (art. 19, I) e do vício de qualidade do serviço (art. 20, III). Em todas essas hipóteses, o exercício da prerrogativa de abatimento proporcional do preço promove inequívoca alteração do conteúdo originário das prestações em prol da preservação do equilíbrio: a prestação a cargo do consumidor (*in casu*, a obrigação de pagamento do preço pactuado) é reduzida na medida da imperfeição presente na prestação efetivamente apresentada pelo fornecedor – sempre buscando promover, do modo mais efetivo possível, o programa originário de interesses. Trata-se, portanto, de manifestação da revisão como remédio ao inadimplemento contratual.

Tais previsões do CDC seguem a mesma orientação que viria a restar consagrada na experiência europeia em matéria consumerista, tanto no plano da normativa comunitária – com particular destaque para as Diretivas nº. 2019/770 e nº. 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu –[972] quanto no plano da normativa doméstica de diversos sistemas jurídicos da família romano-germânica – como se verifica, por exemplo, nas experiências italiana,[973] francesa,[974] portuguesa[975] e alemã,[976] todas elas impactadas pela transposição,[977] ao

[972] Vale destacar, de início, a Diretiva nº. 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu (que, como se depreende do seu art. 1º, estabelece "regras comuns quanto a certos requisitos relativos aos contratos entre profissionais e consumidores para o fornecimento de conteúdos ou serviços digitais"), cujo art. 14 trata expressamente da "redução proporcional do preço" entre os "[m]eios de ressarcimento em caso de falta de conformidade", *in verbis*: "1. Em caso de falta de conformidade, o consumidor tem direito a que os conteúdos ou serviços digitais sejam repostos em conformidade, a beneficiar de uma *redução proporcional do preço* ou a rescindir o contrato, nas condições estabelecidas no presente artigo. (...) 3. O consumidor tem direito a uma *redução proporcional do preço* nos termos do n.º 5 sempre que os conteúdos ou serviços digitais forem fornecidos em troca do pagamento de um preço, ou à rescisão do contrato nos termos do n.º 6, em qualquer dos seguintes casos: (...). 5. *A redução do preço deve ser proporcional à diminuição do valor dos conteúdos ou serviços digitais fornecidos ao consumidor em relação ao valor que os mesmos teriam se estivessem em conformidade.* Se o contrato estipular que os conteúdos ou serviços digitais são fornecidos durante um determinado período em troca do pagamento de um preço, a redução no preço deve aplicar-se ao período durante o qual os conteúdos ou serviços digitais não estiveram em conformidade. (...)" (disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0770&from=PT. Acesso em 24/8/2022. Grifou-se). Semelhante previsão se encontra na Diretiva nº. 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu (que, como se depreende do seu art. 1º, estabelece "regras comuns quanto a certos requisitos relativos aos contratos de compra e venda celebrados entre o vendedor e o consumidor, em especial regras quanto à conformidade dos bens com o contrato, aos meios de ressarcimento em caso de falta de conformidade, às modalidades para o exercício desses meios e às garantias comerciais"), cujo art. 13 trata expressamente da "redução proporcional do preço" entre os "[m]eios de ressarcimento em caso de falta de conformidade", *in verbis*: "1. Em caso de uma falta de conformidade, o consumidor tem direito a que os bens sejam repostos em conformidade, a beneficiar de uma *redução proporcional do preço* ou à rescisão do contrato, nas condições estabelecidas no presente artigo. (...) 4. *O consumidor tem direito a uma redução proporcional do preço*, nos termos do artigo 15.º, ou à rescisão do contrato, nos termos do artigo 16.º, em qualquer dos seguintes casos: (...)" (disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0771&from=PT. Acesso em 24/8/2022. Grifou-se). Veja-se, ainda, o art. 15 da mencionada Diretiva nº. 2019/771: "A redução do preço deve ser proporcional à diminuição do valor dos bens que foram recebidos pelo consumidor, em comparação com o valor que os bens teriam se estivessem em conformidade".

[973] O *Codice del Consumo* (*Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206*) trata do direito do consumidor à "redução proporcional do preço" ("*riduzione proporzionale del prezzo*", no original) em seus arts. 135-bis, 135-quater e 135-octiesdecies, todos eles incluídos ao *Codice del Consumo* pelo *Decreto Legislativo 4 novembre*

plano doméstico, das mencionadas Diretivas nº. 2019/770 e nº. 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu.[978]

Retornando-se os olhos para o direito brasileiro, nota-se que a incidência da revisão como remédio ao inadimplemento não constitui peculiaridade das relações de consumo. Afinal, como se pôde adiantar no item 3.1, *supra*, o próprio Código Civil contempla diversas

---

2021, n. 173, em transposição da Diretiva nº. 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu. O diploma encontra-se disponível em: https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2005-09-06;206!vig=. Acesso em 24/8/2022.

[974] O *Code de la consommation* (instituído pela *Loi nº. 93-949 du 26 juillet 1993*) trata do direito do consumidor à "redução do preço" ("*réduction du prix*", no original) em seus arts. L. 217-8, L. 217-14, L. 217-15, L. 224-25-17, L. 224-25-20 e L. 224-25-21, todos eles incluídos ao *Code de la consommation* pela *Ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre 2021*, em transposição das Diretiva nº. 2019/770 e nº. 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu. O diploma encontra-se disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006069565/. Acesso em 24/8/2022.

[975] O Decreto-Lei nº. 84/2021 (que, como se depreende da sua epígrafe, "Regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais, transpondo as Diretivas (UE) 2019/771 e (UE) 2019/770") trata do direito do consumidor à "redução proporcional do preço" em seus arts. 15, 19, 24 e 35. O diploma encontra-se disponível em: https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/84-2021-172938301. Acesso em 24/8/2022. Acesso em 24/8/2022. Para o desenvolvimento da análise acerca de tal diploma legal, remete-se a CARVALHO, Jorge Morais. Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro – apresentação geral. In: CARVALHO, Jorge Morais; CRISPIM, Inês; SILVA, Maria Miguel Oliveira da; FARINHA, Martim. *Diretivas 2019/770 e 2019/771 e Decreto-Lei n.º 84/2021*: compra e venda, fornecimento de conteúdos e serviços digitais, conformidade, sustentabilidade e dados pessoais. Coimbra: Almedina, 2022, *passim*.

[976] O BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*, que contém não apenas dispositivos pertinentes à tutela das relações paritárias, mas também dispositivos pertinentes à tutela de relações de consumo) trata do direito do consumidor a "reduzir o preço" ("*den Preis mindern*", no original) em seus §§ 327i e 327n, ambos incluídos ao BGB pela *Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen vom 25. Juni 2021* ("Lei para a Transposição das Diretivas sobre certos aspectos contratuais do fornecimento de conteúdos digitais e serviços digitais de 25 de junho de 2021", em tradução livre), em transposição da Diretiva nº. 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu. O diploma encontra-se disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/. Acesso em 24/8/2022.

[977] A propósito do escopo da *transposição* das diretivas comunitárias para o plano doméstico, elucida a doutrina especializada: "De acordo com o modelo previsto no Tratado da Comunidade Europeia, uma vez adotada uma diretiva, os Estados destinatários obrigam-se a tomar todas as medidas gerais ou especiais necessárias para assegurar o cumprimento daquelas finalidades estabelecidas na esfera comunitária (art. 10.º, CE). Frequentemente, essas medidas estatais consistem numa prática legislativa ou regulamentar – concordante com a praxe constitucional respectiva –, que visa adequar os objetivos comunitários às formas e aos meios nacionais. Destarte, cada Estado, observando os fins a serem atendidos, escolhe o instrumento técnico-jurídico constitucionalmente apto à produção do efeito pretendido: uma lei, um decreto-lei, um regulamento administrativo ou mesmo uma portaria. Procede-se, dessa maneira, àquilo que, na técnica comunitária, é conhecido como 'transposição' da diretiva para o Direito interno" (FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. As diretivas da Comunidade Européia: elementos para uma teoria geral. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 37, p. 7-26, out.-dez./2001, item 2). A transposição é particularmente relevante em razão da peculiaridade de que "[a] diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios", conforme previsão contida no art. 288 do Tratado sobre o Funcionamento da União Européia (disponível em: https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf. Acesso em 13.9.2022). Para o desenvolvimento da análise acerca do papel desempenhado pelas diretivas no âmbito do direito comunitário europeu, no que diz respeito especificamente às diretivas pertinentes ao direito do consumidor, remete-se a MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, cit., p. 574.

[978] Para uma análise de tal impacto especificamente no direito português, remete-se a CARVALHO, Jorge Morais. Diretivas 2019/770 e 2019/771 e o seu impacto no direito português. In: CARVALHO, Jorge Morais; CRISPIM, Inês; SILVA, Maria Miguel Oliveira da; FARINHA, Martim. *Diretivas 2019/770 e 2019/771 e Decreto-Lei n.º 84/2021*: compra e venda, fornecimento de conteúdos e serviços digitais, conformidade, sustentabilidade e dados pessoais. Coimbra: Almedina, 2022, *passim*.

previsões da atuação da revisão como remédio ao inadimplemento. Assim sucede, por exemplo, na disciplina dos vícios redibitórios, em que o art. 442 assegura ao adquirente o direito ao "abatimento no preço" diante da entrega, pelo alienante, de produto com vício oculto (hipótese correspondente à vetusta ação *quanti minoris*); na disciplina da evicção, em que o art. 450, p.ú., estabelece a redução do preço devido pelo adquirente, de modo "proporcional ao desfalque sofrido, no caso de evicção parcial"; na disciplina do contrato de compra e venda *ad mensuram*, em que o art. 500 assegura ao comprador a prerrogativa de "abatimento proporcional ao preço" na hipótese de as dimensões efetivas do bem não corresponderem àquelas prometidas; na disciplina do contrato de empreitada, em que o art. 616 confere ao dono da obra a prerrogativa de "recebê-la com abatimento no preço" na hipótese de o empreiteiro haver procedido em desacordo com as diretrizes pertinentes; na disciplina do contrato de seguro de vida, em que o art. 796 autoriza que, diante do inadimplemento do segurado quanto ao pagamento do prêmio, a seguradora promova a "redução do capital garantido proporcionalmente ao prêmio pago".[979]

A reforçar ainda mais o amplo acolhimento da revisão como remédio ao inadimplemento no direito brasileiro, vale rememorar as previsões pertinentes contidas na CISG. Na hipótese de o vendedor entregar as mercadorias em desconformidade qualitativa com o pactuado, o art. 50 da CISG atribui ao comprador a prerrogativa de "reduzir o preço proporcionalmente à diferença existente entre o valor das mercadorias efetivamente entregues, no momento da entrega, e o valor que teriam nesse momento mercadorias conformes ao contrato".[980] Tal prerrogativa aplica-se igualmente na hipótese de o vendedor entregar as mercadorias em quantidade inferior à pactuada, conforme remissão do art. 51, n^{o}. 1,[981] ao mencionado art. 50.

Em tais hipóteses de que tratam o Código Civil e a CISG, à semelhança do que visto a propósito da disciplina do CDC, o exercício da prerrogativa de abatimento proporcional do preço promove alteração do conteúdo originário das prestações a cargo de uma das partes. A

---

[979] O inteiro teor da quase totalidade das disposições normativas em comento encontra-se reproduzido no item 3.1, *supra*, razão pela qual optou-se por não repetir as transcrições já previamente disponibilizadas.

[980] A propósito, v., por todos, TEIXEIRA, Bruno Barreto de Azevedo. Remédios contra o inadimplemento. In: KULESZA, Gustavo Santos; MOREIRA, Rodrigo. *Direito contratual e Convenção de Viena (CISG)*. São Paulo: Almedina, 2021, p. 207-208. A inequívoca similitude funcional entre tal prerrogativa e a ação *quanti minoris* é destacada pela doutrina especializada: "Essa solução que permite que o comprador pague um preço reduzido por mercadorias desconformes entregues pelo vendedor tem sido reconhecida desde os tempos romanos, sob o nome de *actio quanti minoris*" (KUYVEN, Fernando; PIGNATTA, Francisco Augusto. *Comentários à Convenção de Viena*: compra e venda internacional de mercadorias. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 485).

[981] *In verbis*: "Artigo 51. (1) Se o vendedor entregar somente parte das mercadorias, ou se somente parte das mercadorias entregues estiver de acordo com o contrato, aplicar-se-ão os artigos 46 a 50 no tocante à parte faltante ou desconforme. (...)".

obrigação a cargo do devedor é reduzida – de modo a se "desconsiderar" a parcela da prestação não cumprida ou imperfeitamente cumprida – *pari passu* com a redução da prestação a cargo do credor – a se manifestar na feição de redução proporcional do preço, nos exemplos mencionados acima.[982] Trata-se, portanto, de manifestações da revisão como remédio ao inadimplemento contratual,[983] sem perder de vista o escopo fundamental de promoção, do modo mais efetivo possível, do programa originário de interesses.

Poder-se-ia cogitar, a partir de tal raciocínio, de uma correlação entre as noções de *revisão* e de *resolução parcial*,[984] caso admitida a aplicabilidade de tal expediente no direito brasileiro.[985] A resolução parcial, ao promover a supressão parcial das obrigações contratuais (o que tendencialmente se associa de modo mais direto a contratos com prestações

[982] Vale ressaltar que, na hipótese de o credor inocente haver adimplido a sua prestação antes de implementar o remédio revisional, impor-se-á ao devedor a obrigação de restituição, *in natura* (e, caso não possível, pelo equivalente pecuniário, *ex vi* do art. 884, *caput* e parágrafo único, do Código Civil), da parcela da prestação do credor não mais subsistente, diante da perda superveniente da causa que originalmente justificaria tal atribuição patrimonial. Trata-se de autêntica obrigação restitutória deflagrada pela ausência (parcial) superveniente de causa, nos moldes do art. 885 do Código Civil ("A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir"). A propósito, seja consentido remeter a SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa*, cit., item 3.3.1; e SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Uma aplicação da disciplina do enriquecimento sem causa às hipóteses de extinção contratual: o prazo prescricional da pretensão restitutória. *Scientia Iuris*, vol. 25, n. 2, p. 83-106, jul./2021, item 3. A ilustrar uma vertente teórica contrária, a sustentar, no âmbito da disciplina do contrato de empreitada, que a redução proporcional do preço *ex vi* do art. 616 do Código Civil "só terá cabimento se o comitente ainda não pagou o preço todo dela", v. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 526.

[983] No que diz respeito às potencialidades da revisão como remédio ao inadimplemento, poder-se-ia cogitar de outras perspectivas de sua operatividade para além da redução proporcional do preço, à semelhança do que a doutrina contemporânea já propugna em matéria de atuação da revisão como remédio à onerosidade excessiva: "Se é verdade que, em inúmeros contratos, o reequilíbrio das prestações se alcança mais facilmente pela modificação do seu valor monetário ou – como no conhecido exemplo dos contratos de *leasing* indexados ao dólar – do seu índice de atualização, também é certo que, em outras espécies contratuais, como a empreitada ou o transporte, a alteração de prazos e meios de execução permite a restauração do equilíbrio com menor agressão à vontade originária das partes" (SCHREIBER, Anderson. Revisão judicial dos contratos. *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 146). Considerando, contudo, que o direito positivo brasileiro não consagra – ao menos, não explícita ou enfaticamente – a operatividade dessas variadas perspectivas de operatividade da revisão como remédio ao inadimplemento para além do abatimento proporcional do preço, escaparia ao escopo da presente tese a investigação de tais perspectivas. Tal circunstância não desaconselha (ao revés, recomenda) que se empreendam em doutrina novos estudos a respeito desse específico ponto, o qual não comportaria adequado desenvolvimento nesta sede.

[984] Frequentemente cogitada no âmbito do Direito Societário, a aplicabilidade da resolução parcial encontraria fundamento, entre outros, no princípio da conservação dos negócios jurídicos: "O princípio da conservação não age apenas no plano da validade do negócio jurídico, sendo perfeitamente aplicável ao plano da eficácia. (...) Admite-se, assim, a aplicação de tal princípio com o intuito de preservar determinado negócio jurídico, quando parte de seu conteúdo tenha, com o decurso do tempo, perdido merecimento de tutela pelo não cumprimento de sua função. Trata-se, mais especificamente, da figura da resolução parcial objetiva do negócio jurídico (...). Note-se que o limite para a admissão da resolução parcial consiste na possibilidade de o negócio permanecer útil e funcional, embora desfalcado de sua parte" (TEPEDINO, Gustavo. Resolução parcial de acordo de acionistas. In: *Soluções práticas de direito*. Volume III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 458-459).

[985] Como o faz, entre outros, Ruy Rosado de Aguiar Júnior: "A resolução pode ser de toda a relação obrigacional, compreendendo a prestação principal e seus acessórios, ou apenas de parte dela, se o incumprimento definitivo apanhou apenas uma fração da prestação. Não prevista explicitamente na lei, a resolução parcial deve ser considerada como inerente ao próprio instituto da resolução legal, pois a que autoriza o mais permite o menos" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Volume VI, Tomo II, cit., p. 497).

divisíveis),[986] poderia ser compreendida como causa (talvez reputada *imediata*, a se compatibilizar o ponto com o reconhecimento do inadimplemento como causa *mediata* – e sempre determinante) da deflagração do direito do credor à redução proporcional do preço. A revisão contratual (na feição de redução proporcional do preço) traduziria, em suma, efetivo corolário de uma resolução parcial do pacto.[987]

Independentemente da qualificação ou não de tais hipóteses fáticas como manifestação da resolução parcial, impõe-se o reconhecimento de que o direito positivo brasileiro é repleto de previsões legais que se prestam a demonstrar que a revisão é acolhida pelo ordenamento jurídico como legítimo remédio ao inadimplemento contratual, embora não haja uniformidade na nomenclatura adotada em cada previsão (fala-se, por exemplo, em *estimação* e em *abatimento* ou *redução do preço* para se aludir a manifestações daquilo que se pode considerar, em perspectiva funcional, autêntica *revisão*).[988] Mais do que a ausência de uniformidade na nomenclatura, nota-se que o direito brasileiro não conta com uma sistematização dos variados aspectos pertinentes à definição do regime jurídico aplicável ao remédio em comento, tampouco com uma previsão legal que reconheça, em caráter genérico,

---

[986] "Não há dúvida sobre ser a resolução parcial, em muitos casos, a melhor solução para a composição dos interesses dos contraentes. Nos contratos com prestações divisíveis ou prestações parcelas, em que o credor recebe em partes, é muito comum que o incumprimento parcial, apesar de deixá-lo insatisfeito, não lhe retire o interesse em manter a parcela já recebida. Para isso, pleiteará a resolução apenas da parte a que corresponde o inadimplemento e poderá receber de volta a contraprestação já efetuada, proporcional ao incumprimento parcial do devedor" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Volume VI, Tomo II, cit., p. 498).

[987] Talvez possam tais considerações auxiliar na compreensão da *fattispecie* prevista pelo art. 503 do Código Civil ("Nas coisas vendidas conjuntamente, o defeito oculto de uma não autoriza a rejeição de todas"), de modo a se reconhecer que o dispositivo consagraria hipótese de resolução parcial, a qual, por sua vez, deflagraria a redução proporcional do preço, tendo essa consequência derradeira já sido destacada pela doutrina: "Assim, se os bens defeituosos se avultam ou se o vício de um deles provoca efetivamente uma depreciação significativa do conjunto, entendemos que poderá o comprador rescindir o negócio jurídico com base na ação redibitória ou postular o abatimento no preço (ação *quanti minoris*), sob pena de lesão ao princípio da proporcionalidade" (ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Código Civil comentado*, cit., p. 604). O raciocínio ora proposto (no sentido de antever no art. 503 do Código Civil uma hipótese de resolução parcial) parece ir ao encontro da identificação do referido dispositivo com a noção de *redibição parcial*: "Por fim, pode pensar-se ainda, a depender do caso concretamente considerado, em admitir-se a redibição parcial do negócio. O Código Civil, em seu art. 503, cuida do assunto no âmbito específico do contrato de compra e venda conjunta de bens, autorizando a rejeição, em regra, apenas do bem defeituoso. Mas a medida apresenta-se possível em demais contratos onerosos, nas hipóteses de entrega de pluralidade de bens, sendo um ou alguns deles defeituoso. (...) Não se trata de uma tradução, na prática, do exercício do direito de abater a contraprestação, pois se devolve um dos bens objeto do contrato, ou parte dele, extinguindo-se parcialmente a relação contratual. Se se tratasse de mero abatimento – terreno da ação *quanti minoris*, de que se cuidará a seguir –, o credor continuaria com as coisas ou a coisa em sua inteireza, mas veria reduzida a medida de sua contraprestação originalmente devida pelos bens ou bem" (GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro*, cit., p. 105-106).

[988] Tal circunstância não impede, contudo, o reconhecimento da identidade funcional entre *revisão*, *estimação* e *abatimento do preço*, como destacado pela doutrina: "Em linhas gerais, os dois remédios concebidos pela lei para a maior parte das vicissitudes supervenientes do contrato consistem na sua extinção (redibição, resolução, rescisão etc.) ou na sua modificação (revisão, estimação, abatimento etc., por vezes uma exigência da parte prejudicada, por vezes uma oferta da parte beneficiada)" (SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual, cit., p. 29).

o cabimento da revisão como remédio ao inadimplemento.[989]

Tal circunstância não impede (ao revés, impõe) que a doutrina desempenhe seu papel de, por via de uma interpretação sistemática e teleologicamente orientada, assegurar a mais efetiva e adequada tutela dos direitos. Trata-se de tarefa a ser cumprida, no que mais diretamente diz respeito ao presente ponto do raciocínio, por meio da extensão, mediante raciocínio analógico – que como já visto, é inerente a todo o fenômeno interpretativo –, do remédio revisional para além das hipóteses em que a sua incidência já conta com previsão legal expressa.[990]

Afinal, uma vez compreendido o princípio do equilíbrio contratual como o fundamento valorativo comum às variadas hipóteses de inadimplemento (v. item 2.2, *supra*), a garantia de aplicabilidade de remédios também idênticos a essas variadas hipóteses de perturbação imputável do programa contratual afigura-se inafastável corolário das premissas ora assumidas. Impõe-se, em suma, que, diante da identidade de razão reveladora do merecimento de tutela (*in casu*, o princípio do equilíbrio contratual), admita-se a incidência de idênticos remédios (inclusive a revisão, objeto da presente análise). Eis o almejado resultado de uma análise que ao reconhecimento da necessária identidade de disposição jurídica (passível de compreensão como identidade de tutela) por força da identidade de lógica (conforme enunciado pelo milenar brocardo latino "*ubi eadem ratio, ibi eadem jus*") conjugue o reconhecimento da necessária identidade de remédios incidentes por força da identidade de

[989] A ausência de previsão, em caráter geral, do cabimento da revisão – na modalidade de redução do preço – como remédio ao inadimplemento não parece traduzir uma particularidade do direito brasileiro, como se depreende da lição de Reinhard Zimmermann a respeito da experiência alemã: "(...) *the right to price reduction is still confined, in German law, to its traditional areas of application. i.e. the law of sale (§ 441 BGB), lease (§ 536 BGB) and contract for work (§ 638 BGB). Proposals to generalize this remedy have not been implemented. They would have brought German law into line with Article 9:401 PECL [Principles of European Contract Law]*" (ZIMMERMANN, Reinhard. *The New German Law of Obligations*: Historical and Comparative Perspectives. New York: Oxford University Press, 2005, p. 76). Em tradução livre: "(...) o direito à redução do preço ainda está confinado, no direito alemão, às suas áreas tradicionais de aplicação, quais sejam, o direito da compra e venda (§ 441 do BGB), locação (§ 536 do BGB) e contrato de empreitada (§ 638 do BGB). As propostas para generalizar este remédio não foram implementadas. Eles teriam alinhado o direito alemão com o art. 9:401 PECL [Princípios do Direito Contratual Europeu]". De fato, um breve incurso sobre o BGB, por exemplo, revela que, nada obstante a aparente ausência de norma que estabeleça em caráter geral o cabimento da revisão como remédio ao inadimplemento, verifica-se a existência de previsões específicas a esse respeito ao menos no âmbito das disciplinas do contrato de compra e venda (§ 441), do contrato de locação (§ 536), do contrato de empreitada (§ 638) e dos contratos de pacotes de viagens (§ 651m).

[990] A partir de semelhante preocupação, a doutrina nacional sustenta, por exemplo, que os remédios previstos na seara da impossibilidade superveniente culposa (nomeadamente, no art. 239 do CC) devem ser aplicados "a todas as demais hipóteses de inadimplemento absoluto": "A perda da coisa, no entanto, é apenas uma das situações – prevista expressamente pelo legislador – que conduz à impossibilidade da prestação e, consequentemente, ao inadimplemento absoluto, devendo-se aplicar a todas as demais hipóteses de inadimplemento absoluto a mesma disciplina jurídica" (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução, cit., p. 56).

tutela prometida pela ordem jurídica.[991]

Ressalve-se, por oportuno, a possibilidade de eventuais remédios ou os respectivos pressupostos estarem vinculados também a alguma razão valorativa que não a simples imputabilidade do descumprimento contratual. Em tais hipóteses, a identidade funcional quanto à atuação do princípio do equilíbrio contratual não seria suficiente a justificar o cabimento (ou o cabimento com base em idênticos pressupostos) dos mesmos remédios. Tal advertência explica, por exemplo, a impossibilidade de afastamento dos pressupostos exigidos para a configuração dos vícios redibitórios ou da evicção ao mero argumento de incidência do princípio do equilíbrio contratual.

O raciocínio ora propugnado conduz ao reconhecimento do cabimento da revisão (na feição de redução proporcional da prestação) em hipóteses fáticas para as quais não há norma legal que estabeleça de modo expresso a possibilidade de incidência do remédio revisional, sempre com base em interpretação analógica idônea a estender remédios previstos no direito positivo para outras hipóteses que não contam com previsão legal expressa.[992] Assim há de suceder, por exemplo, nas situações hipotéticas enunciadas no início do item 3.1, *supra*: no âmbito de contrato paritário de prestação de serviço por força do qual um artista se compromete a pintar certas paredes de um imóvel, caso o artista interrompa imotivadamente a sua atuação antes de iniciar a pintura da última parede, o contratante inocente poderia promover a redução proporcional do preço (conforme prerrogativa assegurada, por exemplo, a

[991] Não parece inoportuno ressaltar que toda a reflexão sobre os remédios passíveis de atuação diante do inadimplemento pressupõe, naturalmente, que se tenha previamente reputado merecedor de tutela o interesse do credor diante da específica hipótese fática. A ilustrar a relevância dessa advertência, basta pensar nos casos em que se conclui pela ausência de direito do adquirente a reclamar por vícios do bem – o que pode ocorrer, por exemplo, por se tratar de vícios aparentes em relação paritária (a afastar a garantia contra vícios redibitórios), ou por se entender que incumbia ao adquirente o ônus de avaliar/vistoriar o bem no momento da tradição. Exemplo de aplicação do último ponto se verifica no seguinte julgado: "Compra e venda de veículo. Rescisão contratual. Restituição de valores pagos. (...) Autor-reconvindo adquiriu veículo usado do Requerido-Reconvinte e alega a presença de vícios ocultos no bem. Ausente a prova de que os alegados defeitos do veículo eram anteriores à aquisição (ônus que incumbia ao Autor-Reconvindo, nos termos do artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil). Cabe ao adquirente (Autor-Reconvindo), previamente à compra, tomar as cautelas necessárias para o fim de verificar a qualidade do veículo usado (realização de vistoria do bem), e não após a aquisição). (...)" (TJSP, Ap.Cív. 1023968-17.2015.8.26.0002, 35ª C.D.Priv., Rel. Des. Flavio Abramovici, julg. 25/6/2018).

[992] Semelhante proposição é encontrada no âmbito da doutrina italiana, no sentido de sustentar, por exemplo, que a prerrogativa de redução do preço em caso de evicção parcial (art. 1.484 do *Codice civile* italiano) deve ser estendida para casos análogos: "*Se per il caso di evizione la legge ammette la possibilità che il contratto sia mantenuto limitatamente a quella parte della cosa che è stata trasferita al compratore, la stessa possibilità deve ammettersi in qualunque altro caso in cui sia mancato il trasferimento di parte della cosa e, a maggior ragione, nel caso che sia stata trasferita una quantità inferiore a quella prevista dal contratto e, in generale, ogni volta che una prestazione contrattuale divisibile sia stata eseguita solo in parte*" (TRIMARCHI, Pietro. *Il contrato*, cit., p. 81). Em tradução livre: "Se, para o caso de evicção, a lei admite a possibilidade de que o contrato se mantenha limitadamente à parte da coisa que foi transferida ao comprador, a mesma possibilidade deve ser admitida em qualquer outro caso em que falte a transmissão de parte da coisa e, com ainda maior razão, no caso de ter sido transferida uma quantidade inferior à prevista pelo contrato e, em geral, sempre que uma prestação contratual divisível tenha sido executada apenas em parte".

similar contrato que seja regido pelo CDC), com vistas a pagar apenas o montante a ser apurado que corresponda ao serviço efetivamente prestado. No âmbito de contrato de compra e venda tendo por objeto o fornecimento nacional de computadores, caso as mercadorias sejam disponibilizadas pelo vendedor em quantidade inferir à estipulada no contrato, o comprador poderia exigir o abatimento proporcional do preço (conforme prerrogativa assegurada, por exemplo, a similar contrato que seja regido pela CISG).

Outro exemplo de aplicação do raciocínio ora propugnado pode ser encontrado no âmbito da disciplina das obrigações de dar coisa certa, nomeadamente na hipótese de sua deterioração por culpa do devedor. Em tal hipótese, o art. 236 do Código Civil assegura ao credor as prerrogativas de "exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos". O dispositivo não estabelece de modo expresso se o credor poderia ou não promover a redução proporcional do preço na hipótese de optar por "aceitar a coisa no estado em que se acha", o que não deve, contudo, obstar o reconhecimento do cabimento do remédio revisional, por analogia com relação a todas as similares hipóteses de descumprimento contratual imputável em que o direito positivo brasileiro prevê a incidência de tal remédio.[993]

Sedimentam-se, assim, por via interpretativa, alicerces para a superação da dúvida que a ausência de tratamento sistemático dos remédios ao inadimplemento suscita a respeito do espectro de incidência do remédio revisional.[994] Permite-se, nesse cenário, o reconhecimento da generalização do cabimento da revisão como remédio ao inadimplemento no direito brasileiro, na esteira da orientação já proclamada pela doutrina especializada[995] e

---

[993] Semelhante conclusão (quanto ao cabimento da redução proporcional do preço) é alcançada também a partir de linha teórica não amparada propriamente nas mesmas premissas propugnadas nesta tese: "Pedro vende o carro a Maria e no dia da entrega, por culpa sua, bate o carro e a lataria fica amassada desvalorizando o carro em R$ 3.000,00. Como Pedro teve culpa, Maria pode optar por desfazer o contrato (resolução) recebendo os valores que pagou a Pedro com correção monetária, mais perdas e danos. Esse desfazimento decorre do art. 475 do CC/2002. Maria pode, ainda, aceitar o carro como se encontra abatendo do preço o valor do dano que a coisa sofreu, além de cobrar perdas e danos" (SIMÃO, José Fernando. Art. 236 [verbete]. In: SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; MELO, Marco Aurélio Bezerra de; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 144).

[994] A bem da verdade, conforme já se pôde ressaltar, também o cotejo com as previsões legais da revisão como remédio a vicissitudes supervenientes inimputáveis corrobora a presente proposição teórica. De fato, a ampla difusão da revisão como remédio tanto ao inadimplemento contratual (categoria que sintetiza a noção de desequilíbrio imputável) quanto a vicissitudes supervenientes inimputáveis (como a onerosidade excessiva, a deterioração fortuita e a impossibilidade parcial inimputável) conduz à constatação de que a operatividade do remédio revisional em si não está associada à imputabilidade ou à inimputabilidade do descumprimento, mas sim ao abalo ao equilíbrio objetivamente considerado.

[995] "A revisão, com efeito, é prevista pelo legislador em inúmeras hipóteses nas quais o reequilíbrio da relação contratual se faz necessário (como nos casos de onerosidade excessiva ou na presença de vício redibitório), e, em interpretação lógico-sistemática, revela-se plenamente extensível a outros cenários de comprometimento da causa contratual. A perspectiva causalista do contrato, portanto, não justifica uma aversão apriorística ao remédio revisional, em particular nos casos em que ele se mostrar apto a preservar a função negocial atribuída

gradativamente acolhida também em sistemas jurídicos estrangeiros, de que constitui exemplo emblemático a experiência francesa. A propósito, vale destacar que os arts. 1.217[996] e 1.223[997] do *Code Civil* atribuem de modo expresso ao credor a prerrogativa de "redução do preço" ("*réduction du prix*", no original) diante da execução imperfeita da prestação pelo devedor.

A revisão contratual afigura-se, em suma, um remédio legítimo e adequado à tutela efetiva do programa contratual de interesses[998] – o qual haverá de orientar a própria delimitação do *quantum* da redução proporcional do preço –,[999] não se lhe podendo restringir

---

pelas partes à avença, justamente porque, desse modo, longe de se violar, promove-se a autonomia dos contratantes" (SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual, cit., p. 43).

[996] Art. 1.217 do *Code Civil* (com a redação determinada pela *Loi nº. 2018-287 du 20 avril 2018*): "*La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut: - refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation;- poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation;- obtenir une réduction du prix; - provoquer la résolution du contrat; - demander réparation des conséquences de l'inexécution. Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter*". Em tradução livre: "A parte para a qual o compromisso não foi executado, ou foi executado de modo imperfeito, pode: - recusar-se a executar ou suspender a execução da sua própria obrigação; - perseguir a execução forçada *in natura* da obrigação; - obter uma redução de preço; - provocar a resolução do contrato; - demandar reparação das consequências da inexecução. As sanções que não sejam incompatíveis podem ser cumuladas; perdas e danos sempre podem ser adicionados". Afigura-se digna de nota, aliás, a circunstância de que a redação do dispositivo em comento dada pela reforma geral das obrigações de 2016 promovida pela *Ordonnance nº. 2016-131 du 10 février 2016* (disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000032041436/2016-10-01. Acesso em 24/8/2022) aludia à prerrogativa do credor de "solicitar uma redução do preço" ("*solliciter une réduction du prix*", no original), o que foi alterado em 2018 para que se passasse a reconhecer a prerrogativa do credor de "obter uma redução do preço" ("*obtenir une réduction du prix*", no original).

[997] Art. 1.223 do *Code Civil*: "*En cas d'exécution imparfaite de la prestation, le créancier peut, après mise en demeure et s'il n'a pas encore payé tout ou partie de la prestation, notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa décision d'en réduire de manière proportionnelle le prix. L'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit. Si le créancier a déjà payé, à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction de prix*". Em tradução livre: "Em caso de execução imperfeita da prestação, o credor pode, após constituição em mora e se ainda não tiver pago a totalidade ou parte da prestação, notificar o devedor, com a maior brevidade possível, da sua decisão de a reduzir de maneira proporcional o preço. A aceitação, pelo devedor, da decisão de redução do preço do credor deve ser redigida por escrito. Se o credor já tiver pago, não havendo acordo entre as partes, pode requerer ao juiz a redução do preço". A propósito, vale mencionar que, de modo semelhante ao que comentado a respeito do art. 1.217 do *Code Civil*, também a redação do art. 1.223 dada pela reforma geral das obrigações de 2016 aludia à prerrogativa do credor de "solicitar uma redução proporcional do preco" ("*solliciter une réduction proportionnelle du prix*", no original), o que foi alterado em 2018 para que se passasse a reconhecer a prerrogativa do credor de "notificar ao devedor (...) sua decisão de reduzir de maneira proporcional o preço" ("*notifier (...) au débiteur sa décision d'en réduire de manière proportionnelle le prix*", no original).

[998] Afigura-se oportuno enfatizar que a revisão, em conformidade com o valor por ela tutelado (o princípio do equilíbrio contratual), deve ter como inafastável norte o programa contratual de interesses concretamente entabulado pelas partes, buscando precisamente promover, do modo mais efetivo possível, o próprio programa contratual. A partir de similar ordem de preocupação, adverte-se: "Se, contudo, a revisão conduzir a que o contrato perca o seu sentido original como regramento objetivo de interesses dotado de determinada função econômico-social, aí sim caberá o remédio extremo da resolução" (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale). In: *Diretrizes teóricas do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 213).

[999] Para o desenvolvimento da análise acerca dos critérios de redução proporcional da contraprestação, v., em matéria de vícios redibitórios, GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro*, cit., p. 109 e ss. A autora assim sustenta: "A solução de cunho puramente abstrato não é apropriada, pois se limita a considerar o valor de mercado do bem, sem atenção ao programa contratual, à relação concreta de utilidade definida pelas partes. Ao mesmo tempo, deve-se evitar a pura subjetividade na determinação do abatimento. Uma avaliação assentada puramente sobre bases subjetivas acabaria por revelar-se fonte de insegurança e,

o espectro de cabimento às hipóteses contempladas por previsão legal expressa quando se estiver diante de *fattispecie* outras que apresentem idêntica lógica de aplicação. Conquanto muito expressivo, porém, não se trata aqui do exclusivo exemplo das perspectivas práticas de aplicação do raciocínio ora propugnado acerca dos remédios voltados à proteção do equilíbrio contratual. Um ulterior exemplo se colhe em matéria de remédios vocacionados não à revisão das prestações diante do inadimplemento, mas sim à conformação, em sede executiva, de prestações cumpridas de modo imperfeito. Eis o escopo do subsequente e derradeiro item.

3.3. Remédios vocacionados à conformação de prestações cumpridas de modo imperfeito

O item antecedente buscou demonstrar que o direito positivo brasileiro acolhe (conquanto de modo esparso e fragmentário) a revisão como remédio ao inadimplemento, bem como que a assunção das premissas metodológicas propugnadas nesta tese conduz ao reconhecimento da possibilidade de expansão, por via analógica, do espectro de cabimento de tal remédio para hipóteses que não contam com previsão legal expressa. Idêntico raciocínio há de ser promovido a respeito dos remédios que, sem se pautarem propriamente na alteração do conteúdo das prestações (escopo precípuo da revisão), concentram os seus esforços na *conformação* de prestações cumpridas de modo imperfeito, isto é, na sua adequação para que passem a corresponder ao padrão de conformidade legitimamente esperado pelo credor.

O destaque ora atribuído à noção de *conformação* parece mover-se ao encontro da denominação adotada pela experiência normativa francesa em matéria de relações de consumo. De fato, o *Code de la consommation* alude ao reparo ("*réparation*") e à substituição ("*remplacement*") – remédios de que se cogitará neste item – justamente como manifestações do direito do consumidor à "*mise en conformité du bien*" ("conformação do bem", em tradução livre).[1000] O destaque à noção de *conformação* parece igualmente convergir

possivelmente, de incongruências. Mais adequado é, de fato, que a redução seja proporcional – na linha do que já dispõe, de maneira explícita, o art. 18, §1º, III, do Código de Defesa do Consumidor, ao atribuir ao consumidor, diante do vício da coisa, a possibilidade de exigir o abatimento proporcional no preço. Ou seja: leva-se em conta 'o valor real do bem no momento da conclusão do negócio, com abstração do defeito', apurando-se 'o percentual de desvalorização por este causada e aplica-se ao preço'. Toma-se como referência, assim, a avaliação do bem na conclusão do contrato, conforme definido pelos contratantes, diminuindo-se proporcionalmente o valor do bem – proporcionalmente à desvalorização ou à perda de utilidade" (Ibid., p. 111).

[1000] Assim dispõe o art. L. 217-8 do *Code de la consommation*: "*En cas de défaut de conformité, le consommateur a droit à la mise en conformité du bien par réparation ou remplacement ou, à défaut, à la réduction du prix ou à la résolution du contrat, dans les conditions énoncées à la présente sous-section.* (...)". Em tradução livre: "Em caso de falta de conformidade, o consumidor tem direito à conformação do bem mediante reparação ou substituição, ou, na sua falta, à redução do preço ou à resolução do contrato, nas condições previstas na presente subseção. (...)". O direito do consumidor à "conformação" ("*mise en*

(conquanto sem tão imediata identidade terminológica) com a experiência normativa alemã. Com efeito, o BGB, no âmbito da disciplina geral do contrato de compra e venda, também alude ao reparo ("*Beseitigung des Mangels*", passível de tradução literal para "eliminação do defeito") e à substituição ("*Lieferung einer mangelfreien Sache*", passível de tradução literal para "entrega de uma coisa sem defeito") como manifestações do direito do comprador ao "*Nacherfüllung*" ("cumprimento suplementar", em tradução livre).[1001]

Sem prejuízo de se retomarem as experiências francesa e alemã mais adiante, pretende-se desde logo destacar que o presente item tem por escopo precípuo a investigação da possibilidade de expansão do espectro de cabimento de remédios que têm em comum a vocação de, em sede executiva, promover a conformação de prestações cumpridas de modo imperfeito. Em outras palavras, busca-se revisitar as perspectivas de incidência dos remédios vocacionados aos escopos sintetizados nas experiências francesa e alemã por "*mise en conformité du bien*" ("conformação do bem") e "*Nacherfüllung*" ("cumprimento suplementar"), respectivamente. A análise concentrar-se-á, nomeadamente, nos remédios de *reparo*, *reexecução* e *substituição*.

À semelhança do percurso trilhado por ocasião da análise do remédio revisional (item 3.2, *supra*), também a respeito dos remédios conformativos o Código de Defesa do Consumidor fornece valiosos elementos comprobatórios da consagração dos referidos remédios pelo direito positivo brasileiro. Assim, por exemplo, no âmbito da responsabilidade por vícios de qualidade dos produtos, o CDC assegura ao consumidor – em princípio, de

---

conformité", no original) também é mencionado, entre outros, pelos arts. L. 217-9, L. 217-10, L. 217-11, L. 217-12, L. 217-13, L. 217-14, L. 224-25-17, L. 224-25-18, L. 224-25-19, L. 224-25-20 do *Code de la consommation*.

[1001] Assim dispõe § 439 do BGB: "*Nacherfüllung. (1) Der Käufer kann als Nacherfüllung nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen.* (...)". Em tradução livre: "A título de execução suplementar, o comprador pode, à sua escolha, exigir a eliminação do defeito ou o fornecimento de uma coisa sem defeitos. (...)". O direito ao "cumprimento suplementar" ("*Nacherfüllung*", no original) também é mencionado, entre outros, pelos arts. L. 217-9, L. 217-10, L. 217-11, L. 217-12, L. 217-13, L. 217-14, L. 224-25-17, L. 224-25-18, L. 224-25-19, L. 224-25-20 do *Code de la consommation*. Embora se tenha optado pela tradução livre de "*Nacherfüllung*" para "cumprimento suplementar", vale registrar que se encontra na literatura germanófila a tradução do original ao vernáculo para "pós-adimplemento", conforme anota Bernardo Becker Fontana em tradução a estudo de Christian Baldus: "(...) no Direito alemão, Nacherfüllung ou 'pós-adimplemento' é uma das opções do comprador no caso de o bem objeto do negócio padecer de vício oculto (§ 437 c/c § 439, BGB). Trata-se de uma 'segunda chance' de o vendedor adimplir o objeto do contrato, pela reparação do defeito ou pelo oferecimento de coisa nova, sem vício. Diz-se 'pós-adimplemento', pois, em princípio, o contrato estaria adimplido com a entrega do bem" (BALDUS, Christian. Interpretação histórica e comparativa no direito privado comunitário: da concreção da "falta insignificante de conformidade com o contrato". Trad. Bernardo Becker Fonatana. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 72, p. 235-262, out.-dez./2009, Introdução, N.T. nº. 4). Em que pese a locução "pós-adimplemento" reflita tradução adequada do ponto de vista literal, adota-se no presente estudo a premissa de que a locução "cumprimento suplementar" se revela mais adequada, em perspectiva funcional, a revelar o escopo da figura em comento ("uma 'segunda chance' de o vendedor adimplir o objeto do contrato, pela reparação do defeito ou pelo oferecimento de coisa nova", conforme passagem transcrita acima), evitando-se eventual confusão que a expressão "pós-cumprimento" pudesse atrair em cotejo com figuras como a responsabilidade civil pós-contratual e a pós-eficácia obrigacional.

modo condicionado à ausência de reparo tempestivo nos termos do art. 18, *caput* e § 1º –[1002] a prerrogativa de "substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso" (art. 18, § 1º, I). Também no âmbito da responsabilidade por vícios de quantidade dos produtos o CDC atribui ao consumidor a prerrogativa de "substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios" (art. 19, III).[1003]

O diploma consumerista fornece valiosos exemplos não apenas do remédio da *substituição*, mas também de outros remédios conformativos de prestações cumpridas de modo imperfeito. De início, vale destacar o *reparo do produto*, que encontra fundamento direto nos já mencionados *caput* e § 1º do art. 18, os quais, como destacado acima, não apenas estabelecem o seu cabimento diante de vícios de qualidade dos produtos, mas igualmente erigem-no a remédio prioritário em relação aos demais remédios conferidos ao consumidor pelo § 1º do art. 18 (a saber, substituição, resolução e abatimento proporcional do preço).[1004] Afigura-se digna de nota também a *complementação do peso ou medida*, prevista pelo inciso II do art. 19 como possível remédio a atuar diante de vícios de quantidade dos produtos, em convergência funcional com a própria noção de reparo. A *reexecução do serviço*, por fim, está

[1002] Assim dispõem o *caput* e o § 1º do art. 18 do CDC: "Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. § 1° *Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir*, alternativamente e à sua escolha: (...) I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço. (...)" (grifou-se). A necessidade de espera pelo prazo de trinta dias é afastada nas hipóteses de que trata o § 3º do art. 18, *in verbis*: "(...) § 3° O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1° deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial. (...)".

[1003] Art. 19 do CDC: "Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - o abatimento proporcional do preço; II - complementação do peso ou medida; III - a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios; IV - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos. (...)".

[1004] O CDC também se ocupou, contudo, de preceituar hipóteses nas quais o consumidor pode manejar os demais remédios sem precisar previamente aguardar o reparo. Assim dispõe o § 3º do art. 18 do CDC: "(...) § 3° O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1° deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial. (...)". A doutrina consumerista indica outras hipóteses na mesma orientação: "Ao lado das hipóteses do § 3º do art. 18, há duas outras em que não se aplica o prazo de 30 dias para conserto. A primeira é quando se trata de vício decorrente de disparidade com a oferta. O consumidor pode, principalmente com fundamento no art. 35 do CDC, exigir o cumprimento imediato da oferta, produto equivalente, resolução do contrato e devolução dos valores pagos. A segunda hipótese refere-se ao vício de quantidade, vez que o art. 19 não faz remissão ou qualquer referência ao prazo de 30 dias, previsto no § 1º do art. 18" (BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*, cit., p. 224).

prevista pelo inciso I do art. 20, o qual atribui ao consumidor a prerrogativa de exigir "a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível", diante de vícios de qualidade dos serviços.[1005]

Desde logo, parece possível perceber que todos os referidos remédios convergem quanto ao seu efeito essencial: a conformação de prestações cumpridas de modo imperfeito, no intuito de se promover a adequação de tais prestações aos padrões legitimamente esperados pelo consumidor. Tal similitude de efeitos essenciais permite identificar-se uma autêntica convergência funcional entre os referidos remédios conformativos, os quais aparentemente apenas em perspectiva estrutural se podem diferenciar. Assim, por exemplo, ainda que se tentasse distinguir o *reparo* da *reexecução* com base na natureza da prestação em questão (fornecimento de produto ou fornecimento de serviço, respectivamente), ou que se buscasse diferenciar a *substituição* do *reparo* e da *execução* com base no aproveitamento ou não da prestação originalmente cumprida (alteração integral ou aproveitamento parcial, respectivamente), não se poderia afastar a premissa acerca da equivalência funcional entre tais remédios.

Ainda a ilustrar e corroborar tal constatação, pode-se pensar na prerrogativa do consumidor de "exigir a substituição das partes viciadas" em caso de vício de qualidade do produto (CDC, art. 18, *caput*). Independentemente da preocupação (de índole eminentemente estrutural) a respeito da qualificação de tal remédio (a que se poderia referir por *substituição parcial*)[1006] como *substituição* ou como *reparo*, parece não haver maior dúvida quanto à percepção de tratar-se de remédio vocacionado à conformação de uma prestação cumprida de modo imperfeito.

Na esteira do quanto destacado no item antecedente a respeito do remédio revisional (notadamente, em sua feição de redução proporcional do preço), também em matéria de remédios conformativos se pode afirmar que as previsões pertinentes do CDC vão ao encontro da orientação que veio a restar consagrada na experiência europeia em matéria consumerista. A propósito, vale mencionar, de início, que no plano da normativa comunitária constata-se o

[1005] Art. 20 do CDC: "O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço. (...)".

[1006] "Admite-se, ainda, a substituição parcial, em determinadas hipóteses – por exemplo, apenas da parte ou item defeituoso. Essa reparação ou substituição apenas parcial condiz, segundo anota Cunha Gonçalves, com os 'usos industriais e comerciais de todo o mundo', de maneira que, 'se o comprador poderia exigir a substituição da coisa por inteiro, com maior razão pode pedir a substituição só da parte defeituosa'" (GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro*, cit., p. 121).

amplo acolhimento dos remédios conformativos por parte das já mencionadas Diretivas nº. 2019/770 e nº. 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu.[1007]

Similar acolhimento dos remédios conformativos se verifica no plano da normativa doméstica de diversos sistemas jurídicos da família romano-germânica. Pense-se, por exemplo, na experiência italiana, cujo *Codice del Consumo* atribui ao consumidor o direito ao "restauro da conformidade" ("*ripristino della conformità*", no original), para cuja implementação "o consumidor pode escolher entre reparo e substituição" ("*il consumatore può scegliere tra riparazione e sostituzione*", no original), conforme dicção do art. 135-bis.[1008] Assim também sucede em outros sistemas jurídicos igualmente impactados pela transposição, ao plano doméstico, das mencionadas Diretivas nº. 2019/770 e nº. 2019/771 do

[1007] Vale destacar, de início, a Diretiva nº. 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, cujo art. 14 trata, entre os "[m]eios de ressarcimento em caso de falta de conformidade", do direito do consumidor "a que os conteúdos ou serviços digitais sejam repostos em conformidade", *in verbis*: "1. Em caso de falta de conformidade, *o consumidor tem direito a que os conteúdos ou serviços digitais sejam repostos em conformidade*, a beneficiar de uma redução proporcional do preço ou a rescindir o contrato, nas condições estabelecidas no presente artigo. 2. *O consumidor tem direito a que os conteúdos ou serviços digitais sejam repostos em conformidade*, salvo se tal for impossível ou impuser ao profissional custos que sejam desproporcionados, tendo em conta todas as circunstâncias do caso, incluindo: a) O valor que os conteúdos ou serviços digitais teriam se não se verificasse a falta de conformidade; e b) A importância da falta de conformidade. (...)" (disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0770&from=PT. Acesso em 24/8/2022. Grifou-se). Semelhante previsão se encontra na Diretiva nº. 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, cujo art. 13, entre os "[m]eios de ressarcimento em caso de falta de conformidade", igualmente trata do direito do consumidor "a que os bens sejam repostos em conformidade": "1. Em caso de uma falta de conformidade, *o consumidor tem direito a que os bens sejam repostos em conformidade*, a beneficiar de uma redução proporcional do preço ou à rescisão do contrato, nas condições estabelecidas no presente artigo. 2. *Para obter a reposição dos bens em conformidade, o consumidor pode escolher entre a sua reparação e a sua substituição*, a menos que o meio de ressarcimento escolhido seja impossível, ou, em comparação com outro meio de ressarcimento, imponha ao vendedor custos que sejam desproporcionados, tendo em conta todas as circunstâncias, incluindo: a) O valor que os bens teriam se não se verificasse a falta de conformidade; b) A importância da falta de conformidade; e c) A possibilidade de recorrer ao meio de ressarcimento alternativo sem inconvenientes significativos para o consumidor. (...)" (disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0771&from=PT. Acesso em 24/8/2022. Grifou-se). Veja-se, ainda, o art. 14 da mencionada Diretiva nº. 2019/771: ". A reparação ou a substituição devem ser efetuadas: a) A título gratuito; b) Num prazo razoável a contar do momento em que o vendedor tenha sido informado pelo consumidor da falta de conformidade; e c) Sem inconveniente importante para o consumidor, tendo em conta a natureza dos bens e a finalidade a que o consumidor os destina. 2. Sempre que a falta de conformidade deva ser sanada através da reparação ou substituição dos bens, o consumidor deve disponibilizar os bens ao vendedor. O vendedor deve receber os bens substituídos a expensas suas. (...)".

[1008] Art. 135-bis do *Codice del Consumo*: "*1. In caso di difetto di conformità del bene, il consumatore ha diritto al ripristino della conformità, o a ricevere una riduzione proporzionale del prezzo, o alla risoluzione del contratto sulla base delle condizioni stabilite nei seguenti commi. 2. Ai fini del ripristino della conformità del bene, il consumatore può scegliere tra riparazione e sostituzione, purché il rimedio prescelto non sia impossibile o, rispetto al rimedio alternativo, non imponga al venditore costi sproporzionati, tenuto conto di tutte le circostanze e, in particolare, delle seguenti:* (...)". Em tradução livre: "1. Em caso de falta de conformidade do bem, o consumidor tem direito ao restauro da conformidade, ou a receber uma redução proporcional do preço, ou à resolução do contrato com base nas condições estabelecidas nos incisos seguintes. 2. Para fins de restauro da conformidade do bem, o consumidor pode escolher entre reparação e substituição, desde que o remédio escolhido não seja impossível ou, em relação ao remédio alternativo, não imponha ao vendedor custos desproporcionais, tendo em conta todas as circunstâncias e, em particular, as seguintes: (...)". O direito do consumidor ao "*ripristino della conformità*" é disciplinado, ainda, entre outros, pelos arts. 135-ter e 135-octiesdecies do *Codice del Consumo*.

Parlamento Europeu e do Conselho Europeu: em Portugal, por exemplo, a legislação reconhece o direito do consumidor à "reposição da conformidade, através da reparação ou da substituição do bem";[1009] na França, conforme anunciado no início deste item, o *Code de la consommation* igualmente reconhece o direito do consumidor à "conformação do bem mediante reparo ou substituição" ("*mise en conformité du bien par réparation ou remplacement*", no original).[1010]

Os remédios conformativos, conquanto desfrutem de destacado acolhimento no direito brasileiro por obra do Código de Defesa do Consumidor – à semelhança do que sucede na legislação consumerista de diversos países da tradição romano-germânica, como visto –, não têm seu âmbito de incidência restrito às relações de consumo. Afinal, como se pôde adiantar no item 3.1, *supra*, a CISG (componente do ordenamento jurídico brasileiro desde a sua internalização pelo Decreto nº. 8.327/2014) contempla diversas previsões não apenas da redução proporcional do preço (v. item 3.2, *supra*), mas também do reparo e da substituição como remédios ao inadimplemento. Nesse sentido, na seção dedicada aos "[d]ireitos e ações do comprador em caso de violação do contrato pelo vendedor", a CISG preceitua que, na hipótese de as mercadorias entregues pelo vendedor não estarem conformes ao contrato, o comprador poderá "exigir a entrega de outras mercadorias em substituição" (art. 46, nº. 2) ou "exigir do vendedor que as repare para sanar a desconformidade" (art. 46, nº. 3), respeitadas as condições previstas nos dispositivos pertinentes.[1011]

[1009] Assim dispõe o art. 15 do Decreto-Lei nº. 84/2021, responsável pela transposição das Diretivas nº. 2019-770 e nº. 2019-771 do direito português: "Artigo 15.º Direitos do consumidor. 1 – Em caso de falta de conformidade do bem, e nas condições estabelecidas no presente artigo, o consumidor tem direito: a) À reposição da conformidade, através da reparação ou da substituição do bem; b) À redução proporcional do preço; ou c) À resolução do contrato. 2 – O consumidor pode escolher entre a reparação ou a substituição do bem, salvo se o meio escolhido para a reposição da conformidade for impossível ou, em comparação com o outro meio, impuser ao profissional custos desproporcionados, tendo em conta todas as circunstâncias, incluindo: (...)". O tema é tratado, ainda, entre outros, pelos arts. 18, 24 e 35 do diploma em comento.

[1010] Assim dispõe o art. L. 217-8 do *Code de la consommation* (incluído pela *Ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre 2021*, em transposição das Diretiva nº. 2019/770 e nº. 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu): "*Article L. 217-8. En cas de défaut de conformité, le consommateur a droit à la mise en conformité du bien par réparation ou remplacement ou, à défaut, à la réduction du prix ou à la résolution du contrat, dans les conditions énoncées à la présente sous-section.* (...)". Em tradução livre: " Artigo L.217-8. Em caso de falta de conformidade, o consumidor tem direito à conformação do bem mediante reparo ou substituição, ou, na sua falta, à redução do preço ou à resolução do contrato, nas condições previstas na presente subsecção. (...)". O direito do consumidor à "*mise en conformité du bien*" é disciplinado, ainda, entre outros, pelos arts. L. 217-9, L. 217-10, L. 217-11, L. 217-12, L. 217-13, L. 224-25-17, L. 224-25-18, L. 224-25-19, L. 224-25-28 do *Code de la consommation* (também incluídos pela já mencionada incluído pela *Ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre 2021*).

[1011] Art. 46 da CISG: "(1) O comprador poderá exigir do vendedor o cumprimento de suas obrigações, salvo se tiver exercido qualquer ação incompatível com esta exigência. (2) Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, o comprador poderá exigir a entrega de outras mercadorias em substituição, desde que a desconformidade constitua violação essencial do contrato e o pedido de substituição de mercadorias seja formulado no momento da comunicação da desconformidade a que se refere o artigo 39, ou dentro de um prazo razoável a contar desse momento. (3) Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, o comprador

Tais previsões consagram o acolhimento da *substituição* e do *reparo* (os quais, como já destacado, equivalem funcionalmente à *reexecução* em matéria de serviços), pelo direito positivo brasileiro, como legítimos remédios ao inadimplemento na seara da compra e venda internacional de mercadorias. Apesar disso, o Código Civil brasileiro, na esteira da experiência de outros sistemas jurídicos da tradição romano-germânica, revela-se lacunoso a respeito de um regime geral dos remédios conformativos.[1012] De fato, diversamente do que sucede em matéria de revisão (seara na qual o Código Civil, conquanto de modo fragmentário, contempla diversas previsões de mecanismos de tutela que, em perspectiva funcional, traduzem autêntica atuação da revisão como remédio ao inadimplemento, como demonstrado no item 3.2, *supra*), nota-se que o Código Civil não dispensa tratamento expresso (tampouco generalizado e sistemático) para os remédios objeto da presente análise.

Esse caráter lacunoso se manifesta inclusive no âmbito de figuras para as quais o Código Civil prevê remédios que não aqueles indicados pela dualidade clássica (resolução e execução específica). Assim, sucede por exemplo, tanto na disciplina dos vícios redibitórios quanto na disciplina do contrato de empreitada: o diploma codificado prevê de modo expresso apenas a resolução (arts. 441 e 615, pertinentes aos vícios redibitórios e à empreitada, respectivamente) e a revisão (arts. 442 e 616, pertinentes aos vícios redibitórios e à empreitada, respectivamente) sem menção a remédios conformativos,[1013] os quais, conforme demonstrar-se-á na sequência, dizem respeito à própria noção de execução específica – cujo amplo cabimento encontra-se consagrado de longa data no direito brasileiro (v. item 3.1, *supra*). O Código Civil brasileiro, assim, perdeu a oportunidade de elucidar o cabimento dos remédios conformativos em tais searas, deixando de seguir, nesse ponto, o bom exemplo colhido das experiências normativas portuguesa e italiana em matéria de compra e venda e de

---

poderá exigir do vendedor que as repare para sanar a desconformidade, salvo quando não for isto razoável em vista das circunstâncias. A solicitação de reparação das mercadorias deve ser feita no momento da comunicação a que se refere o artigo 39, ou em prazo razoável a contar desse momento".

[1012] Assim afirma-se, em tom crítico, a respeito da disciplina dos vícios redibitórios: "O Código Civil de 2002 desperdiçou a oportunidade de modernizar a disciplina dos vícios redibitórios, de desenhar um regime mais coerente dos vícios da coisa no que respeita aos remédios possíveis, aos prazos, e mesmo aos seus pressupostos. Essencialmente replicando a disciplina do diploma anterior, não cuidou, de maneira expressa, de outra possibilidade que não as tradicionais ações edilícias – embora a dinâmica social então já fosse outra. É sintomático que alguns autores, em tom crítico, atribuam o epíteto de 'velha' para qualificar a tradicional dupla de alternativas conferidas ao credor. Nota-se, aí, uma nuança pejorativa, forma de expressão da crítica a um sistema que, na realidade atual, acaba por proteger deficitariamente o credor-adquirente" (GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro*, cit., p. 115).

[1013] A lacuna do Código Civil quanto ao cabimento do remédio da substituição diante de vícios redibitórios é explicitada pela lição de Anderson Schreiber: "Um remédio que o Código Civil não assegura é o direito à substituição do bem adquirido. Nas relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor assegura, diante de vícios do produto ou serviço, o direito de o consumidor obter a substituição do produto ou a reexecução do serviço (art. 18, § 1°, I c/c art. 20, I). Tal norma não encontra paralelo no regime geral do Código Civil" (SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 541-542).

empreitada, respectivamente.[1014]

Alguns questionamentos servem a demonstrar a importância e a gravidade da lacuna em comento: no âmbito de relação paritária de compra e venda doméstica, poderia o adquirente que vem a ser surpreendido pela existência de vícios ocultos que prejudicam consideravelmente o uso normal do bem, ao invés de promover a resolução do contrato ou a redução proporcional do preço (ação redibitória e ação estimatória, respectivamente, com fulcro nos arts. 441 e 442 do Código Civil), exigir que o vendedor realize o reparo da coisa ou que a substitua por outra de idênticos atributos? No âmbito de relação paritária de empreitada, caso o empreiteiro entregue a obra em desconformidade com as instruções do dono da obra ou com as pertinentes normas técnicas, poderia o dono da obra, ao invés de promover a resolução ou a redução proporcional do preço (com fulcro nos arts. 615 e 616 do Código Civil, respectivamente), exigir que o empreiteiro realize os reparos necessários para a conformação da obra às instruções e às regras técnicas? No âmbito de relação paritária de prestação de serviço, caso o prestador execute o serviço de modo imperfeito, poderia o credor, ao invés de promover a resolução do contrato (com fulcro nos arts. 474 e 475 do Código Civil), exigir a reexecução do serviço por parte do devedor?

Como se nota, inúmeros podem ser os casos a suscitar dúvida a respeito do cabimento de remédios como o reparo, a substituição e a reexecução. Nesse contexto, não se deve tomar o caráter lacunoso do Código Civil – que segue tendência presente também em outros sistemas jurídicos[1015] e aparentemente tributária, em larga medida, da simples (quiçá

[1014] Quanto à experiência normativa portuguesa, vale destacar que o art. 914 do Código Civil português prevê de modo expresso o cabimento dos remédios conformativos no âmbito da disciplina da compra e venda: "Artigo 914.º (Reparação ou substituição da coisa) O comprador tem o direito de exigir do vendedor a reparação da coisa ou, se for necessário e esta tiver natureza fungível, a substituição dela; mas esta obrigação não existe, se o vendedor desconhecia sem culpa o vício ou a falta de qualidade de que a coisa padece". A lacuna do diploma brasileiro em matéria de empreitada, por sua vez, deixa de observar o oportuno exemplo colhido do art. 1.668 do *Codice Civile* italiano: "Il committente può chiedere che le difformità o i vizi siano eliminati a spese dell'appaltatore, oppure che il prezzo sia proporzionalmente diminuito, salvo il risarcimento del danno nel caso di colpa dell'appaltatore. Se però le difformità o i vizi dell'opera sono tali da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione, il committente può chiedere la risoluzione del contratto". Em tradução livre: "O dono da obra pode requerer que as deformidades ou os vícios sejam eliminados às custas do empreiteiro, ou que o preço seja proporcionalmente reduzido, sem prejuízo da indenização do dano em caso de culpa do empreiteiro. Se, porém, as deformidades ou os vícios da obra sejam tais a torná-la de todo inadequada à sua destinação, o dono da obra pode requerer a resolução do contrato".

[1015] A propósito da experiência alemã, veja-se a análise crítica de Reinhard Zimmermann a respeito da ausência de previsão, no BGB, dos remédios conformativos (atualmente tratados sob o rótulo geral de "*Nacherfüllung*"), em acréscimo às ações edilícias, antes da reforma do direito das obrigações promovida sobre o BGB em 2022: "*Purchasers, too, sometimes have a reasonable interest in having the defect repaired rather than being forced to resort to the standard remedies of redhibition or reduction of the purchase price. That no such right was granted to them was also very widely perceived as an inadequacy of the old code*" (ZIMMERMANN, Reinhard. *The New German Law of Obligations*, cit., p. 91). Em tradução livre: "Também os compradores, às vezes, têm um interesse razoável em ter o defeito reparado em vez de serem forçados a recorrer aos remédios ordinários de redibição ou redução do preço da compra. O fato de tal direito não lhes ter sido concedido também foi

irrefletida) perpetuação da tradição histórica –[1016] como suposta sinalização da incompatibilidade dos remédios conformativos com o direito brasileiro.[1017]

Muito ao revés, cumpre reconhecer que as disposições da CISG e do CDC mencionadas acima evidenciam o amplo acolhimento, pelo direito brasileiro, de tais remédios ao inadimplemento contratual, o que permite (*rectius*: impõe) a sua extensão, por via analógica, para outras hipóteses fáticas que igualmente reclamam tutela do interesse útil do credor frustrado pelo descumprimento imputável ao devedor. Retomando-se os exemplos hipotéticos de que se cogitou logo acima, nota-se que o raciocínio ora propugnado pode conduzir ao reconhecimento do cabimento de remédios conformativos como o *reparo* ou a *substituição* da coisa viciosa no âmbito de contratos translativos de propriedade, o *reparo* da obra mal cumprida no âmbito de contrato de empreitada e a *reexecução* do serviço imperfeitamente executado no âmbito de contrato de prestação de serviço.

As citadas disposições da CISG, em particular, conduzem também ao reconhecimento de que a incidência dos remédios conformativos não está atrelada necessariamente ao postulado de tutela da vulnerabilidade do consumidor, mas sim ao objetivo de promoção do resultado útil que o credor legitimamente espera extrair do programa contratual de interesses.

---

amplamente percebido como uma inadequação do antigo código". Em sentido similar, a identificar, em tom crítico, a omissão da disciplina do *Codice Civile* italiano (em matéria de vícios da coisa objeto da compra e venda) a respeito dos remédios de reparo e substituição: "*Il legislatore ancorato com'è allo schema della compravendita di cosa specifica, fa leva sostanzialmente sui due classici rimedi della risoluzione del contrato e della riduzione del corrispettivo. Fa capolino, talora, qualche altro rimedio, quale quello della eliminazione delle difformità o dei vizi, ovvero della liberazione della cosa dai vincoli esistenti a favore di terzi, e quello della 'sostituzione' della cosa*" (GIORGIANNI, Michele. *L'inadempimento*, cit., p. 52). Em tradução livre: "O legislador, ancorado como está no esquema da compra e venda de coisa determinada, apoia-se essencialmente nos dois remédios clássicos da resolução do contrato e da redução da contraprestação. Às vezes, surge algum outro remédio, como o da eliminação das discrepâncias ou dos vícios, ou mesmo a liberação da coisa dos vínculos existentes em favor de terceiros, e aquele da 'substituição' da coisa".

[1016] De fato, fenômeno semelhante foi identificado (e criticado) pela doutrina italiana. Nesse sentido, a afirmar que a lacuna da disciplina codificada da compra e venda a respeito da "eliminação do vício às custas do devedor" se deve essencialmente a razões históricas, veja-se a lição de Michele Giorgianni: "*Si discute piuttosto se il creditore, oltre ai rimedi suddetti, abbia diritto alla eliminazione del vizio a spese del debitore. La eliminazione del vizio è prevista per l'appalto dall'art. 1668, il quale anzi dispone esplicitamente che il rimedio prescinde dalla colpa dell'appaltatore. Il silenzio serbato dal legislatore sulla disciplina della vendita, è a nostro avviso, legato semplicemente alla tradizionale configurazione dell'azione redibitoria, cosicché non dovrebbe essere difficoltosa una soluzione positiva del problema*" (GIORGIANNI, Michele. *L'inadempimento*, cit., p. 45). Em tradução livre: "Em vez disso, discute-se se o credor, além dos remédios mencionados, tem direito à eliminação do vício às expensas do devedor. A eliminação do vício está prevista para a empreitada pelo art. 1.668 [do *Codice Civile* italiano], que, aliás, prevê explicitamente que o remédio independe da culpa do contratante. O silêncio mantido pelo legislador na disciplina da compra e venda está, a nosso ver, simplesmente ligado à configuração tradicional da ação redibitória, pelo que não deveria ser difícil uma solução positiva do problema".

[1017] A partir de similar ordem de preocupação, afirma-se, em matéria de vícios redibitórios (em lição extensível a outras hipóteses de inadimplemento contratual) que "(...) os remédios à disposição do credor-adquirente diante do vício-incumprimento pela entrega de bem defeituoso não se esgotam no *vecchio schema* das ações edilícias. Ao propósito, essas tradicionais formas de proteção podem nem sempre revelam-se, na prática, apropriadas ou capazes de tutelar de maneira satisfatória os interesses do credor" (GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro*, cit., p. 113).

Afinal, fosse o recurso a tais remédios um mecanismo de tutela específica da vulnerabilidade do contratante prejudicado, não faria sentido que idêntica disposição constasse de normativa voltada a relações prioritariamente paritárias

Nessa mesma direção, por outro lado, uma outra peculiaridade das relações de consumo que talvez merecesse atenção consiste na circunstância de que tais relações muito comumente envolvem o fornecimento de bens ou serviços em massa ou em escala industrial por parte de um fornecedor profissional,[1018] o que efetivamente tende a tornar mais propícia a incidência dos remédios conformativos. De fato, não por acaso, a doutrina especializada sustenta que, diante de bens produzidos em escala industrial, "a reparação do defeito ou a substituição do bem seria não apenas possível, mas, ao menos em princípio, razoável e preferível à extinção do vínculo contratual ou à mera redução da contraprestação".[1019]

Bem apreciada a *ratio* dos remédios em questão, contudo, sequer essa circunstância parece traduzir autêntica peculiaridade das relações de consumo, uma vez que, por exemplo, também as relações paritárias de compra e venda internacional de mercadorias (*locus* precípuo de incidência da CISG) usualmente envolvem o fornecimento de bens em massa por parte de fornecedores profissionais. Também por isso, portanto, afigura-se razoável superar eventual resistência à extensão do remédio da substituição (e dos remédios conformativos, em geral) para além das relações de consumo, sem embargo da prudente ressalva de que a sua operatividade (especialmente a do remédio da substituição) pressupõe a pronta disponibilidade de bens idênticos pelo devedor ou, ao menos, a razoabilidade da exigência de substituição (o que talvez justifique, por exemplo, a exigência de que o devedor, por conta e custos próprios, busque no mercado um bem idêntico a fim de entregá-lo ao credor).

A propósito, cumpre destacar que a *substituição* da qual se está a cogitar (a que se poderia referir por *substituição em sentido estrito*) pressupõe a identidade entre o bem defeituoso entregue pelo devedor e o bem substituto. Hipótese distinta seria a de *substituição por bem equivalente* (diversa espécie componente de um gênero a que se poderia referir por *substituição em sentido lato*), mediante a qual promover-se-ia a substituição do bem

[1018] A destacar o reconhecimento da profissionalidade como um requisito para a qualificação do fornecedor na relação de consumo, v., por todos, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 16.

[1019] "A medida parece ainda assentar-se bem às características atuais das operações econômicas, cada vez mais dinâmicas, muitas vezes envolvendo a circulação de bens produzidos em escala industrial. Nesse cenário, a reparação do defeito ou a substituição do bem seria não apenas possível, mas, ao menos em princípio, razoável e preferível à extinção do vínculo contratual ou à mera redução da contraprestação. E também se alinharia ao princípio da preservação dos contratos, permitindo ao alienante-devedor sanar o adimplemento ruim, recuperando-se, assim, o equilíbrio do programa contratual sem sacrificar a relação contratual travada entre as partes" (GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro*, cit., p. 114-115).

originário (i.e., o bem objeto mediato da obrigação do devedor)[1020] por "outro de espécie, marca ou modelo diversos", tal como autoriza o art. 18, § 4º, do CDC para as relações de consumo.[1021] A extensão de tal sorte de remédio para além do espectro das relações de consumo afigura-se, ao menos, questionável, por envolver um bem distinto daquele originalmente previsto e associado ao interesse útil do credor objetivamente aferível na relação concretamente entabulada. De todo modo, parece possível afirmar que, caso o *bem equivalente* se afigure idôneo a promover o exato resultado útil que o credor legitimamente esperava extrair da prestação a cargo do devedor, a admissão do remédio da substituição por equivalente tendencialmente convergirá para a noção de *execução substitutiva*, cuja legitimidade *prima facie* como remédio ao inadimplemento merece ser destacada à luz do estágio atual da civilística, conforme demonstrado na sequência.

Cotejando-se as precedentes considerações com a disciplina geral dispensada pelo Código Civil às variadas espécies de obrigações (com particular destaque para as obrigações de dar), nota-se que a operatividade do remédio da substituição do bem viciado ou defeituoso[1022] amolda-se mais facilmente às obrigações de dar coisa incerta, na contramão do que uma leitura fria da literalidade da disciplina codificada levaria a crer. Como se sabe, o Código Civil preceitua que a "coisa incerta" objeto dessas obrigações "será indicada, ao menos, pelo gênero e pela quantidade" (consoante a definição contida no art. 243 do Código Civil),[1023] previsão da qual se depreende que as obrigações de dar coisa incerta se

---

[1020] "O objeto de toda obrigação pode ser mediato ou imediato. Objeto imediato – a prestação em si – é um ato humano, ou seja, uma prestação de dar ou fazer, enquanto objeto mediato (imediato da prestação) é o bem da vida, isto é, a coisa a ser entregue ou o resultado de um ato" (MEDINA, Francisco Sabadin. *Compra e venda de coisa incerta no direito civil brasileiro*: uma análise do dever do vendedor no Código Civil de 2002. Tomo I, cit., p. 213).

[1021] Art. 18, § 4º, do CDC: "§ 4° Tendo o consumidor optado pela alternativa do inciso I do § 1° deste artigo, e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1° deste artigo". Cuida-se, aqui, evidentemente de substituição exigível a título de remédio pelo credor lesado e não daquela que poderia decorrer de dação em pagamento.

[1022] O espectro de cabimento do remédio da *substituição* suscita acesa controvérsia na doutrina. Reinhard Zimmermann, por exemplo, afirma que "o fornecimento de outro objeto livre de defeitos é impraticável, provavelmente até conceitualmente inconcebível, no que diz respeito à venda de objetos específicos" (ZIMMERMANN, Reinhard. *The New German Law of Obligations*, cit., p. 90). Tradução livre do original: "*The supply of another object free from defects is impractical, probably even conceptually inconceivable, as far as the sale of specific objects is concerned*". A lição do próprio autor, contudo, indica que, quanto ao remédio do *reparo*, parece não haver maior resistência ao reconhecimento do seu cabimento na generalidade das obrigações de dar: "*Supplementary performance by way of removal of the defect, i.e., repair, is imaginable both with regard to the sale of specific and unascertained goods*" (Ibid., p. 90). Em tradução livre: "Cumprimento suplementar mediante a remoção do defeito, i.e., reparo, é imaginável tanto no que diz respeito à venda de mercadorias específicas quanto à de bens indeterminados".

[1023] A propósito da conceituação das obrigações de dar coisa incerta, v., por todos, RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Volume 2, cit., p. 28 e ss.

caracterizam pelo traço da "intercambialidade das coisas pertencentes ao gênero".[1024] Ademais, preceitua-se que tais obrigações passam a se submeter à disciplina das obrigações de dar coisa certa a partir da cientificação do credor a respeito da escolha pelo devedor – momento em que supostamente operar-se-ia a *concentração* (ou *concretização*),[1025] conforme sugerido pela literalidade do art. 245 do Código Civil.

A partir de então, caso advenha hipótese fática de impossibilidade superveniente fortuita da obrigação (ora usualmente considerada *de dar coisa certa* desde a concentração), o art. 234 do Código Civil indicaria, supostamente como o único desfecho possível, a resolução do vínculo com a restituição da prestação porventura já paga pelo credor acrescida da indenização das perdas e danos porventura sofridas pelo credor. A aparente simplicidade desse raciocínio não obsta, contudo, o reconhecimento do cabimento também do remédio da substituição – exatamente como já prevê de modo expresso o direito positivo para as relações de consumo e para as relações de compra e venda internacional de mercadorias, embora os respectivos diplomas normativos (CDC e CISG, respectivamente) não se ocupem explicitamente da categoria *obrigações de dar coisa incerta*.[1026]

Imagine-se que, em certo caso concreto, depois de implementada a escolha por parte do devedor, a coisa por ele delimitada venha a perecer, antes da tradição, por culpa do devedor. Em tal situação fática, poderia o credor postular a entrega de outra coisa pertencente ao exato gênero originariamente pactuado como objeto mediato da obrigação de dar coisa incerta? Pense-se, por exemplo, em contrato de compra e venda que tenha por objeto o fornecimento de 10 (dez) sacas de café da safra 2022/2023 da Fazenda X:[1027] no prazo

---

[1024] "Um dos elementos característicos da coisa incerta é, como visto, a intercambialidade das coisa pertencentes ao gênero, ou seja, o fato de o devedor poder, ao menos em princípio, cumprir sua obrigação entregando uma coisa pertencente ao gênero e de o credor se satisfazer recebendo qualquer uma delas" (MEDINA, Francisco Sabadin. *Compra e venda de coisa incerta no direito civil brasileiro*: uma análise do dever do vendedor no Código Civil de 2002. Tomo I, cit., p. 242).

[1025] "Como o dever de prestação do devedor é polarizado para uma finalidade, nomeadamente o adimplemento da obrigação e a satisfação do credor, e o adimplemento da prestação exige, pela natureza das coisas, uma coisa concreta e individualizada, é necessário um ato por meio do qual o devedor possa separar uma coisa concreta de todo o gênero e entregá-la ao credor. Esse ato é realizado por meio da concretização" (MEDINA, Francisco Sabadin. *Compra e venda de coisa incerta no direito civil brasileiro*: uma análise do dever do vendedor no Código Civil de 2002. Tomo I, cit., p. 249).

[1026] A propósito, para o desenvolvimento da crítica ao que considera uma "ruptura sistemática" em razão da "duplicidade de regulamento quanto ao efeito da entrega na obrigação de dar coisa incerta", a partir do cotejo entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, remete-se a MEDINA, Francisco Sabadin. *Compra e venda de coisa incerta no direito civil brasileiro*: uma análise do dever do vendedor no Código Civil de 2002. Tomo II, cit., p. 148-150.

[1027] Tal sorte de exemplo remonta à *fattispecie* identificada como "obrigação de dar coisa incerta de 'gênero restrito' (ou 'limitado')": "Um tipo especial de compra e venda é a de uma quantidade de um estoque: em vez do dever do vendedor consistir em transferir a posse e garantir a aquisição da propriedade de uma quantidade de uma coisa determinada apelas pelo gênero e pela quantidade, as partes também especificam que essa coisa deve ser retirada de um determinado complexo, por ex., 1000 litros de óleo do tanque 'X' da usina 'S'. A literatura brasileira normalmente distingue entre obrigação de dar coisa incerta de 'gênero irrestrito' (ou 'limitado') de

convencionado, o devedor realiza a escolha das exatas 10 (dez) sacas que serão enviadas (as quais são doravante armazenadas em galpão próprio enquanto se aguarda que o vendedor providencie o transporte, sob sua responsabilidade), procedendo ato contínuo à notificação do credor a respeito da escolha então operada. Antes do início do transporte, algumas graves falhas de conservação (imputáveis diretamente à conduta negligente do devedor) causam incêndio que vem a acarretar o integral perecimento das sacas de café previamente separadas, permanecendo hígidas as sacas da mesma safra armazenadas em outros galpões.

Nesse caso, poderia o comprador, alternativamente à resolução do contrato com restituição do preço porventura já pago e indenização das perdas e danos (remédios predispostos para as hipóteses de impossibilidade superveniente culposa da obrigação de dar coisa certa, nos termos do art. 234, *in fine*, do Código Civil), postular a entrega de outras 10 (dez) sacas da mesma safra 2022/2023 da Fazenda X (também nesse cenário com a incidência cumulativa de indenização das perdas e danos porventura sofridas)? A análise do direito brasileiro impõe resposta afirmativa, por ao menos duas ordens de razão.

Em primeiro lugar, porque, conforme já destacado pela civilística ao tratar das obrigações de dar coisa incerta, a concentração "não se esgota com a mera individuação material da coisa",[1028] ao contrário do que sugeriria a redação do art. 245 do Código Civil ao aludir à cientificação do credor a respeito da escolha pelo devedor. Exige-se do devedor, em realidade, a "adoção de providências para a entrega",[1029] o que permite bem compreender a razão subjacente ao ensinamento clássico segundo o qual "[a] individualização, em regra, se

---

obrigação de dar coisa incerta de 'gênero restrito' (ou 'limitado'), e interpreta esse tipo de compra e venda como o exemplo paradigmático da última. Como critérios diferenciadores, são indicados os fatos de todas as coisas pertencerem a um complexo espacialmente delimitado (por ex., o vinho armazenado em uma adega), provierem de uma de uma fonte de produção (como o vinho produzido em uma fazenda), fazerem parte do patrimônio de uma certa pessoa (por ex., um dos cavalos de 'A') ou ainda se relacionarem a determinada época ou acontecimento (como o vinho de certa vindima)" (MEDINA, Francisco Sabadin. *Compra e venda de coisa incerta no direito civil brasileiro*: uma análise do dever do vendedor no Código Civil de 2002. Tomo I, cit., p. 257). O autor, após extensa análise histórico-dogmática a respeito da natureza jurídica das obrigações de entregar uma quantidade de um estoque, assevera que "(...) elas são obrigações de dar coisa incerta como qualquer outra. Em vista do conceito de gênero aqui adotado, não existe motivo para atribuir ao critério espacial, da fonte da produção, do patrimônio de certa pessoa ou referente a um acontecimento de determinada época um status diferenciado" (Ibid., p. 278).

[1028] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume 1, cit., p. 512.

[1029] "Questão que se apresenta é o que se exigirá ocorra para que haja a concretização, se basta a separação da coisa de seu conjunto, ou necessário que se promova para logo a entrega. Todavia, não será necessária a efetiva entrega da coisa, mas apenas a separação/individuação e adoção de providências para a entrega, que permita identificar objetivamente a coisa objeto da prestação" (MIRAGEM, Bruno. *Direito civil*: direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 182). Não se trata, contudo, de questão incontroversa na doutrina. A ilustrar uma linha de entendimento contrária, a criticar o entendimento "de que o direito brasileiro teria seguido a teoria do fornecimento" e a sustentar que "a tese mais adequada e compatível com o direito positivo brasileiro é a que interpreta 'cientificado' como a necessidade de exteriorização do ato de escolha", v. MEDINA, Francisco Sabadin. *Compra e venda de coisa incerta no direito civil brasileiro*: uma análise do dever do vendedor no Código Civil de 2002. Tomo II, cit., p. 48.

efetua pela entrega".[1030] A partir de tais premissas, pode-se afirmar que, no exemplo em comento, nada obstante tenha o devedor notificado o credor acerca da escolha das 10 (dez) sacas de café, a coisa objeto mediato da obrigação preserva seu atributo de *coisa incerta* enquanto não entregue ao credor – ou, ao menos, enquanto não iniciadas as efetivas providências para a sua entrega – e, portanto, o devedor permanece vinculado à sua obrigação (de dar coisa incerta) tal como originalmente prevista.

Idêntica conclusão poderia ser alcançada ainda que se entendesse que a mera notificação da escolha bastaria para a produção da concentração. Com efeito, a partir de tal sorte de premissa, parcela da doutrina chega a sustentar a autonomia dogmática da *obrigação de dar coisa incerta concentrada* face à *obrigação de dar coisa certa*, sustentando que, a despeito da concentração, "a obrigação mantém seu conteúdo de coisa incerta, somente se tornando obrigação de dar coisa certa após a efetiva entrega da coisa",[1031] sem prejuízo da *remissão* às disposições do regramento da obrigação de dar coisa certa quando pertinentes para o equacionamento das obrigações de dar coisa incerta concentradas.[1032] Trata-se, com efeito, de percepção consentânea com o reconhecimento de que o interesse útil do credor permaneceria dizendo respeito ao gênero e à quantidade que originariamente foram levados em consideração para a própria indicação da coisa (incerta) objeto da obrigação de dar coisa incerta. Assim, diante da possibilidade de o interesse útil do credor ser promovido mediante o fornecimento de bem substituto de idênticas qualidades ("10 (dez) sacas de café da safra

---

[1030] Eis a lição de Clovis Bevilaqua, em comentário ao art. 876 do Código Civil de 1916 (inspiração direta do art. 245 do Código Civil de 2002): "A individualização torna a coisa certa, faz desaparecer a indeterminação objetiva da prestação. Por isso, depois dela, a obrigação obedece à disciplina da obrigação de dar coisa certa. A individualização, em regra, se efetua pela entrega, como ensina Jhering (...). Quer isto dizer que não basta separar a coisa para se considerar especializada, mas, também, não indispensável a entrega efetiva, para que o devedor se considere exonerado. Se oferecida a coisa, o credor recusa ou cai em mora, o devedor está desobrigado" (BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 18-19).

[1031] MEDINA, Francisco Sabadin. *Compra e venda de coisa incerta no direito civil brasileiro*: uma análise do dever do vendedor no Código Civil de 2002. Tomo II, cit., p. 148. Segundo o autor, "(...) a concretização por si só não implica, no direito brasileiro vigente, a transmudação da compra e venda de coisa incerta em de coisa certa, mas apenas a entrega tem esse efeito. No interregno entre a concretização e a efetiva entrega, há uma compra e venda de coisa incerta concretizada que, após o recebimento da coisa pelo comprador, se transforma em compra e venda de coisa certa. Logo, a lei brasileira adota, no resultado, uma posição intermediária: ela segue a teoria da obrigação de dar coisa incerta concretizada entre a concretização e a entrega, e a teoria da transmudação após a entrega" (Ibid., p. 147).

[1032] "Ao contrário do que sustenta a quase totalidade da doutrina, a literalidade do art. 245 não aponta necessariamente para a teoria da transmudação. Por esse dispositivo, efetuada a concretização, '... vigorará o disposto da Seção anterior', ou seja, há apenas uma remissão ao regulamento da obrigação de dar coisa certa (arts. 233 ss.). Como isso, a lei não determina a aplicação do regulamento como um todo, mas apenas indica ao intérprete uma fonte onde ele deve buscar elementos para resolver problemas decorrentes da obrigação de dar coisa incerta" (MEDINA, Francisco Sabadin. *Compra e venda de coisa incerta no direito civil brasileiro*: uma análise do dever do vendedor no Código Civil de 2002. Tomo II, cit., p. 144). Em sentido distinto, a afirmar que "[n]o momento em que a escolha se aperfeiçoa, a obrigação de dar coisa incerta se transforma em obrigação de dar coisa certa", v. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Volume 2, cit., p. 29.

2022/2023 da Fazenda X"), não se vislumbraria óbice a que o credor postulasse a incidência da substituição como remédio ao inadimplemento contratual.[1033]

Esse raciocínio, que, como visto, conta com mais simples desenvolvimento na seara das obrigações de dar coisa incerta, parece igualmente passível de extensão a algumas relações que desde a sua gênese envolvam obrigações de dar coisa certa.[1034] Tais obrigações, como se sabe, têm por objeto mediato uma "coisa certa", que, por definição, consiste em um bem individualizado e determinado,[1035] cuja identidade não se confunde com a de outros bens, ainda que similares – características que conduzem à sua qualificação como bem *infungível* à luz da relação concretamente considerada, seja por força de seus atributos intrínsecos, seja por expressa disposição de vontade a esse respeito.[1036] Sem embargo desses atributos próprios da "coisa certa" objeto da obrigação em comento, afigura-se de todo plausível cogitar que o

[1033] Francisco Sabadin Medina, expoente da vertente teórica em comento (a rejeitar a necessidade de disponibilização da coisa como suposto pressuposto para a concentração), alcança conclusão apenas parcialmente convergente com a ora associada a essa vertente teórica, reconhecendo apenas ao devedor (sem atribuir tal prerrogativa ao credor, portanto), na hipótese de perecimento da coisa entre o momento da concentração e o momento previsto para a tradição, "a possibilidade de escolher entre (i) alegar impossibilidade, liberando-se do dever de prestar (com a consequência de também perder a pretensão ao pagamento), e (ii) separar outra coisa, entregá-la e receber por isso o pagamento" (MEDINA, Francisco Sabadin. *Compra e venda de coisa incerta no direito civil brasileiro*: uma análise do dever do vendedor no Código Civil de 2002. Tomo II, cit., p. 346). Tratar-se-ia, segundo o autor, de uma manifestação da "possibilidade de o vendedor desfazer a concretização, salvo quando o comprador tiver interesse na coisa concretizada" (Ibid., p. 346).

[1034] A propósito, veja-se a lição de Michele Giorgianni: "*Per quanto riguarda, in particolare la facoltà del creditore si chiederà la 'sostituzione' della cosa, questo importante strumento di tutela del creditore – non previsto, per ovvie ragioni, nell'appalto – sarà, a nostro avviso, di feconda applicazione in una economia di vendita di cose fabbricate in serie. Essa può trovare applicazione non solo se il consenso delle parti si era formato su una cosa generica, ma anche quando esso si è formato su una cosa specifica, ad. ed., un dato orologio o una data macchina da scrivere o una data automobile, e il venditore abbia a disposizione altre cose della stessa qualità*" (GIORGIANNI, Michele. *L'inadempimento*, cit., p. 42). Em tradução livre: "No que se refere particularmente à faculdade do credor de pedir a 'substituição' da coisa, esse importante instrumento de tutela do credor – não previsto, por razões óbvias, na empreitada – será, a nosso ver, de fecunda aplicação em uma economia de venda de coisas fabricadas em série. Ela pode ser aplicada não apenas se o consentimento das partes foi formado sobre uma coisa genérica, mas também quando foi formado sobre uma coisa específica, por exemplo, um determinado relógio ou uma determinada máquina de escrever ou um determinado automóvel, e o vendedor tenha à disposição outras coisas da mesma qualidade".

[1035] "Examinemos, primeiramente, a obrigação de dar coisa certa, que consiste no vínculo jurídico pelo qual o devedor fica adstrito a fornecer ao credor determinado bem, perfeitamente individuado, que tanto pode ser móvel como imóvel. A coisa certa há de constar de objeto preciso, que se possa distinguir, por características próprias, de outros da mesma espécie, a ser entregue pelo devedor ao credor, no tempo e pelo motivo devidos" (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das obrigações. 1ª Parte. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 56).

[1036] Ao se aludir à possibilidade de a infungibilidade resultar de estipulação convencional, adota-se conceituação de *(in)fungibilidade* ampla o suficiente para abarcar os possíveis influxos da autonomia privada para tal delimitação, em superação de um conceito puramente objetivo que estivesse pautado nos atributos físicos e naturais da coisa. Busca-se, com isso, superar os incômodos resultantes do aludido conceito puramente objetivo, expostos em tom crítico pela literatura especializada: "A maioria dos autores nacionais tem como pressuposto um conceito objetivo de coisa fungível, vendo-se, porém, obrigados a fazer concessões para acomodar algumas situações práticas, como admitir a possibilidade de as partes fazerem infungíveis coisas fungíveis (por ex., comodato de moeda *ad pompam vel ostentationem*)" (MEDINA, Francisco Sabadin. *Compra e venda de coisa incerta no direito civil brasileiro*: uma análise do dever do vendedor no Código Civil de 2002. Tomo I, cit., p. 244).

interesse útil do credor seja plenamente satisfeito caso tal bem possa ser substituído por outro "da mesma espécie, qualidade e quantidade" (consoante a definição de bens *fungíveis* contida no art. 85 do Código Civil), desde que se constate a disponibilidade de um bem substituto idêntico pelo devedor ou a razoabilidade da exigência de que o devedor providencie (por exemplo, mediante compra junto a terceiro) um bem substituto idêntico a ser entregue ao credor.[1037]

Pense-se, por exemplo, no contrato de compra e venda celebrado entre uma concessionária de veículos e uma transportadora tendo por objeto o automóvel zero-quilômetro de chassi X, da marca Y, modelo Z e ano de fabricação W. Caso a concessionária não logre cumprir a sua obrigação em decorrência do perecimento culposo do referido automóvel, resultará razoável que o comprador possa exigir do vendedor a entrega de outro automóvel (de distinto chassi, portanto) da mesma espécie, qualidade e quantidade ("marca Y, modelo Z e ano de fabricação W"). Sucede, contudo, que, à semelhança do que destacado no item 3.1, *supra*, também em matéria de impossibilidade superveniente culposa (que constitui autêntica manifestação de inadimplemento contratual, conforme demonstrado no item 2.2, *supra*) o Código Civil não prevê de modo expresso o cabimento do remédio da substituição, parecendo limitar-se na presente seara à exclusividade da resolução, a qual não necessariamente se afigura o remédio mais adequado à efetiva tutela do interesse do credor.

Parece correto, contudo, afirmar que, no caso concreto cogitado, o interesse útil do credor não diria respeito propriamente àquele específico automóvel de chassi X indicado no instrumento contratual, mas sim a um automóvel zero-quilômetro marca Y, modelo Z e ano de fabricação W. Diante disso, admitir a incidência do remédio da substituição traduz postura consentânea com o objetivo de efetividade na promoção do programa contratual, apta a estender para uma relação paritária de compra e venda doméstica (alheia ao âmbito de

[1037] A destacar a relevância da "disponibilidade de bens substitutos por parte do devedor" para o cabimento do remédio da substituição, afirma-se: "Indaga-se se, diante da perda da coisa por culpa do devedor, pode o credor exigir a substituição (não pelo seu valor pecuniário, mas) por coisa equivalente. Tradicionalmente se tem entendido que, no sistema do Código Civil, a substituição de coisa certa por outra não pode ser requerida pelo credor, porque 'a regra *aliud pro alio invito creditori solvi non potest* é dúplice: se o credor não pode ser obrigado a receber coisa diversa da devida, ainda que mais valiosa, o devedor também não pode ser compelido a entregar objeto diferente, ainda que de menor preço'. Entretanto, em perspectiva funcional do direito das obrigações, identificando-se a presença de interesse merecedor de tutela por parte do credor, em situações em que se verifica a vulnerabilidade do requerente e a disponibilidade de bens substitutos por parte do devedor, pode-se admitir a exigibilidade de substituição do bem. Trata-se, na verdade, de aplicação extensiva do art. 18, § 1º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), às situações em que se verifique a vulnerabilidade de uma das partes e a utilidade de manutenção do vínculo obrigacional" (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil*. Volume 2: obrigações, cit., p. 61-62). Cumpre destacar que a releitura do sistema de remédios ao inadimplemento e a revisitação da própria noção de inadimplemento à luz do princípio do equilíbrio contratual, conforme propugnado nesta tese, possibilitam a extensão do citado raciocínio para além das relações de consumo.

abrangência do CDC e da CISG, portanto), por via interpretativo-analógica, exatamente o mesmo remédio já admitido de modo expresso pelo direito positivo para relações de consumo e para relações de compra e venda internacional de mercadorias.

A menção à efetividade na promoção do programa contratual se afigura de todo relevante, uma vez que, a partir da propugnada releitura do conceito de interesse útil do credor (v. item 2.2, *supra*), nota-se que o *interesse útil do credor* é composto não apenas (ou não essencialmente) pelo interesse na *conduta à qual se obriga pessoalmente o devedor* (definição tradicionais da *prestação* objeto do direito de crédito),[1038] mas também (quiçá, sobretudo) pelo interesse no *resultado útil legitimamente associado a tal conduta*.[1039] Ao interesse útil do credor não interessa necessariamente ou predominantemente a conduta do devedor (que, como visto, integraria a definição tradicional de "prestação") se tal conduta (ou sua ausência) não puder promover o resultado útil ao credor. Mais do que a prestação (no sentido de conduta a que o devedor se obrigara), o credor tem interesse no resultado útil legítima e razoavelmente associado à prestação, mesmo que para tanto não intervenha a conduta humana (i.e., o ato de prestar) do devedor. Não por acaso, consagrou-se na doutrina o raciocínio segundo o qual "não se exige que o credor tenha recebido precisamente por parte do devedor aquilo que o credor tem a exigir", uma vez que "o direito de crédito extingue-se também se outra pessoa fizer a prestação pelo devedor",[1040] conforme compreensão associável à

[1038] "*Per oggetto del diritto di credito qui s'intende l'atto, al quale il diritto di credito obbliga il debitore. L'oggetto del diritto di credito in questo senso si designa colla prola 'prestazione' (Leistung)*" (WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*. Vol. II. *Parte Prima*. Trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: UTET, 1904, p. 8-9). Em tradução livre: "Por objeto do direito de crédito se entende o ato ao qual o direito de crédito obriga o devedor. O objeto do direito de crédito, neste sentido, se designa com a palavra 'prestação' ('*Leistung*')". Também da doutrina brasileira se colhe o entendimento tradicional no sentido de que "[a] ação, ou a omissão, do devedor chama-se prestação, que é, com efeito, o objeto da obrigação" (GOMES, Orlando. *Obrigações*, cit., p. 23).

[1039] A propósito, cumpre consignar a existência de relevante questionamento, no seio da doutrina especializada, a respeito da adequada acepção da noção de *prestação*, notadamente no que diz respeito à consideração ou não do *resultado útil* em conjugação à *ação de prestar*. A questão é oportunamente delineada por Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva em análise específica acerca do conceito de *prestação*: "O que significa essa palavra? Uma ação ou conduta atribuída ao devedor? Ou um resultado que satisfaça ao interesse, contratualmente definido, do credor? Mais, ainda: a relação obrigacional seria caracterizada como 'ordenamento de deveres de conduta do devedor' ou como um processo destinado 'à realização do interesse do credor na prestação'? Ou seria composta justamente por essa dualidade?" (MARTINS-COSTA, Judith; SILVA, Paula Costa e. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação* cit., p. 56).

[1040] "*Non è richiesto, che il creditore abbia ricevuto appunto per parte del debitore ciò che egli ha da esigere. Il diritto di credito è anche extinto per ciò, che un alro faccia la prestazione pel debitore; il consenso del debitore non è richiesto, e neppur nuoce la sua volontà contraria. Il creditore non può neppure rifiutare la prestazione oferta da un altro, a meno che la qualità della prestazione dipendesse dalla persona del debitore*" (WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette.* Vol. II. *Parte Prima*, cit., p. 320). Em tradução livre: "Não se exige que o credor tenha recebido precisamente por parte do devedor aquilo que o credor tem a exigir. O direito de crédito extingue-se também se outra pessoa fizer a prestação pelo devedor; o consentimento do devedor não é exigido, tampouco causa prejuízo a sua vontade contrária. O credor sequer pode recusar a prestação oferecida por um terceiro, a não ser que a qualidade da prestação dependa da pessoa do devedor".

legitimidade do pagamento por terceiro não interessado.[1041]

O interesse útil do credor (composto também pelo resultado útil razoavelmente esperado pelo credor)[1042] há de ser perseguido, então, pelos variados remédios ofertados pelo ordenamento jurídico com vistas à promoção do programa contratual, sem perder de vista o amplo acolhimento da tutela específica no direito civil contemporâneo. Afinal, o interesse útil do credor, se não satisfeito espontaneamente pelo devedor, há de ser promovido por mecanismos de tutela idôneos a assegurar a promoção do resultado útil que o credor razoável e legitimamente espera extrair do adimplemento contratual.

À luz desse renovado paradigma metodológico, a expansão dos remédios conformativos para além das hipóteses já expressamente previstas traduz corolário do primado da tutela específica[1043] e, ao fim e ao cabo, autêntico fortalecimento do próprio princípio da obrigatoriedade dos pactos.[1044] Sedimentam-se, assim, os alicerces para que se

---

[1041] A legitimidade do pagamento por terceiro não interessado é reconhecida de modo expresso pelos arts. 304, p.ú., e 305, do Código Civil, *in verbis*: "Art. 304. Qualquer interessado na extinção da dívida pode pagá-la, usando, se o credor se opuser, dos meios conducentes à exoneração do devedor. Parágrafo único. Igual direito cabe ao terceiro não interessado, se o fizer em nome e à conta do devedor, salvo oposição deste"; "Art. 305. O terceiro não interessado, que paga a dívida em seu próprio nome, tem direito a reembolsar-se do que pagar; mas não se sub-roga nos direitos do credor. (...)".

[1042] A propósito, vale destacar que, conquanto a partir de outra ordem de preocupação, a doutrina promove uma expansão da noção de *prestação* também ao tratar do fenômeno da heterointegração dos contratos (v. item 1.3, *supra*), ao reconhecer a integração do regulamento contratual por deveres de fonte exógena, como os deveres laterais de conduta decorrentes da boa-fé objetiva.

[1043] Também no âmbito da experiência alemã se alcança semelhante conclusão. Nesse sentido, a reconhecer que os remédios de reparo e substituição constituem autênticos mecanismos de tutela específica, veja-se a lição de Reinhard Zimmermann: "*Again, it follows logically from this change of perception that delivery of a defective object does not affect the purchaser's right to claim specific performance of the seller's obligation: delivery of the defective object, after all, constitutes an act of nonperformance. In this situation, however, specific performance can now take one of two forms. The purchaser may demand the supply of an object which is free from defects; this is imaginable only with regard to the sale of unascertained objects. Or he may ask for removal of the defect, a right which applies both to the sale o specific objects and of unascertained goods*" (ZIMMERMANN, Reinhard. *The New German Law of Obligations*, cit., p. 99-100). Em tradução livre: "Mais uma vez, decorre logicamente dessa mudança de percepção que a entrega de um objeto defeituoso não afeta o direito do comprador de reivindicar o cumprimento específico da obrigação do vendedor: a entrega do objeto defeituoso constitui, afinal, um ato de inadimplemento. Nesta situação, no entanto, o cumprimento específico pode agora assumir uma de duas formas. O comprador pode exigir o fornecimento de um objeto isento de defeitos; isso é imaginável apenas em relação à venda de objetos indeterminados. Ou ele pode pedir a eliminação do defeito, um direito que se aplica tanto à venda de objetos específicos quanto de bens indeterminados". A vinculação dos remédios conformativos à noção de tutela específica é ressaltada também no contexto de análise do sistema de remédios ao inadimplemento consagrado pela CISG: "O art. 46 da CISG é o principal dispositivo a tratar o cumprimento específico em favor do comprador lesado pro falta de cumprimento do vendedor. Em suma, são três as formas de cumprimento tido como específico: (1) a entrega das mercadorias; (2) a entrega de mercadorias em substituição ou (3) a reparação das mercadorias não conformes" (NALIN, Paulo; STEINER, Renata C. *Compra e venda internacional de mercadorias*: a Convenção das Nações Unidas sobre compra e venda internacional de mercadorias (CISG). Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 267).

[1044] "*The new system of remedies, introduced by CISG, by the Consumer Sales Directive, and in the new German law of sale in structurally similar ways reflects a desire to strengthen the principle of* pacta sunt servanda *by keeping the contract going as far as reasonably possible*" (ZIMMERMANN, Reinhard. *The New German Law of Obligations*, cit., p. 105). Em tradução livre: "O novo sistema de remédios, introduzido pela CISG, pela Diretiva de Vendas ao Consumidor e na nova legislação alemã sobre vendas reflete, de maneira estruturalmente

possam estender, por via interpretativo-analógica, os remédios conformativos já previstos no direito positivo brasileiro (como o *reparo*, a *reexecução* e a *substituição*) para outras hipóteses fáticas substancialmente similares (funcionalmente convergentes quanto à configuração de inadimplemento contratual) que reclamem a incidência de remédios orientados pelo mesmo valor (o valor refletido no princípio do equilíbrio contratual).

A partir de tais premissas, pode-se reconhecer, por exemplo, que ao adquirente de coisa com vício oculto se atribuem não apenas os tradicionais remédios indicados pela dualidade das ações edilícias (redibição e estimação), mas igualmente remédios vocacionados à conformação da prestação cumprida de modo imperfeito,[1045] de modo a se reconhecer a maior amplitude do "leque de opções" ofertado ao adquirente.[1046] Com efeito, levando em consideração que a "entrega do objeto defeituoso constitui, afinal, um ato de inadimplemento",[1047] bem como que o adquirente "tem direito ao adimplemento, ao perfeito adimplemento, do avençado",[1048] não se vislumbra óbice *prima facie* no sistema jurídico brasileiro para que o adquirente, alternativamente à redução proporcional do preço ou à resolução do contrato, exija do alienante o reparo ou a substituição da coisa defeituosa – remédios que, como visto, buscam promover precisamente a tutela específica do interesse útil

---

semelhante, um desejo de fortalecer o princípio do *pacta sunt servanda*, mantendo o contrato tanto quanto razoavelmente possível".

[1045] Semelhante proposição foi formulada por Michele Giorgianni à luz do direito italiano, por ocasião da análise acerca dos remédios facultados ao credor diante de vícios redibitórios: "*Si ritiene di solito che al compratore competono i rimedi previsti per i 'vizi' ovverosia quelli che si compendiano nell'azione redibitoria e* quanti minoris *(ovverosia risoluzione del contrato o riduzione del prezzo), e si mette così in ombra il rimedio della 'sostituzione o riparazione' della cosa, che viene degradato, in base ad una interpretazione eccessivamente letterale, al rango di una facoltà eccezionale del giudice. A noi sembra che nella disciplina del difetto di buon funzionamento debba essere attribuito un adeguato risalto alla facoltà del creditore di chiedere, ove possibile, la 'sostituzione o riparazione' accanto ai tradizionali rimedi della risoluzione del contrato e della riduzione del prezzo*" (GIORGIANNI, Michele. *L'inadempimento*, cit., p. 41). Em tradução livre: "Considera-se habitualmente que ao comprador competem os remédios previstos para os 'vícios', ou seja, aqueles que sintetizam na ação redibitória e *quanti minoris* (ou seja, resolução do contrato e redução do preço), e se ofusca, assim, o remédio da 'substituição ou reparo' da coisa, que resta degradado, com base em uma interpretação excessivamente literal, à categoria de uma faculdade excepcional do juiz. Parece-nos que na disciplina do defeito de bom funcionamento deva ser atribuído uma adequada ênfase à faculdade do credor de requerer, quando possível, a 'substituição ou reparo' para além dos remédios tradicionais da resolução do contrato e da redução do preço".

[1046] A expressão remonta à lição de Rebeca dos Santos Garcia: "Nota-se, assim, que o adquirente conta com um verdadeiro 'leque de opções' – mais amplo do que uma leitura isolada dos arts. 441 e 442, do Código Civil poderia fazer entrever" (GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro*, cit., p. 96).

[1047] ZIMMERMANN, Reinhard. *The New German Law of Obligations*, cit., p. 99. Tradução livre do original: "*delivery of the defective object, after all, constitutes an act of nonperformance*".

[1048] GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro*, cit., p. 114. A autora arremata: "Como se viu, o vício redibitório, espécie de adimplemento ruim do contrato, enquadra-se juridicamente no terreno mais amplo da inexecução contratual. Essa caracterização tem consequências importantes, diretamente ligadas ao espectro de proteção conferido pelo ordenamento ao credor-adquirente. Nesse cenário, é razoável sustentar que, verificado o vício redibitório, o credor tenha direito à reparação do defeito ou à substituição da coisa defeituosa" (Ibid. p. 114).

do credor.[1049]

Estende-se, assim, à disciplina dos vícios redibitórios os remédios conformativos já previstos de modo expresso para hipóteses similares no âmbito das relações contratuais de compra e venda internacional de mercadorias (seara na qual a CISG prevê o cabimento do remédio da substituição, cfe. art. 46, nº. 2) e no âmbito das relações de consumo (seara na qual o CDC prevê o cabimento tanto do remédio do reparo quanto do remédio da substituição, cfe. art. 18, *caput* e § 1º, I, e art. 19, III). A propósito, embora a compra e venda (tipo contratual mais comumente – conquanto não exclusivamente – associado à disciplina dos vícios redibitórios) constitua *locus* particularmente profícuo para a aplicação dos remédios conformativos, cumpre reconhecer que "o direito do credor à eliminação das deformidades e à substituição da coisa não constitui uma tutela excepcional do comprador, como comumente se crê, mas aplicação de princípios gerais em matéria de adimplemento defeituoso".[1050] Assim, por exemplo, pode-se cogitar da incidência dos remédios conformativos em matéria de empreitada e de locação, caso as circunstâncias do caso concreto sinalizem para a adequação de tais remédios conformativos.[1051]

Embora escape ao escopo da presente tese o delineamento do completo regime jurídico dos remédios ao inadimplemento, vale mencionar a existência de uma aparente tendência, no Brasil e alhures, ao reconhecimento de um caráter preferencial dos remédios conformativos (como o reparo e a substituição) em detrimento de outros remédios ao

---

[1049] "(...) o adquirente não tem apenas o direito de redibir (resolver) o contrato, restituindo o bem defeituoso e recebendo de volta o que prestou; ou de reduzir a contraprestação, mantendo a coisa (e o contrato). Ele tem também direito ao cumprimento exato – adequado – da prestação, exigindo a reparação do defeito ou a substituição da coisa." (GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro*, cit., p. 113). Na mesma linha de sentido, a doutrina alemã reconhece que "(...) o remédio constituído do denominado *Nacherfüllung* (...), em essência, é um remédio relativo à ideia do cumprimento *in natura* ou específico" (ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduzione al diritto comparato*. *Tomo II: istituti*. *Edizione italiana a cura di Adolfo di Majo e Antonio Gambaro*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 279). Tradução livre do original: "(...) *il rimedio costituito della c.d.* Nacherfüllung *(§ 439) (...), in buona sostanza, è un rimedio ricollegantesi all'idea dell'adempimento in natura o specifico*".

[1050] GIORGIANNI, Michele. L'inadempimento, cit., p. 42. Tradução livre do original: "(...) *il diritto del creditore alla eliminazione delle difformità e alla sostituzione della cosa non constituisce una tutela eccezionale del compratore, come si crede comummente, ma applicazione di principi generali in materia di adempimento difettoso*".

[1051] "*Non è inutile segnalare qui che tale più ricca disciplina sulla 'difformità' dell'adempimento, ove venga assurta ad applicazione di princìpi generali, si mostra capace di fruttuose applicazioni anche al di fuori dell'appalto e della vendita. Così ad es. anche il locatario potrebbe preferire di chiedere al locatore la eliminazione delle difformità (o la riparazione della cosa) ovvero – quando è possibile, si pensi ad ed. alla locazione di automobili – la sostituzione di essa* (...)" (GIORGIANNI, Michele. *L'inadempimento*, cit., p. 42-43). Em tradução livre: "Não é inútil salientar aqui que tal disciplina mais rica sobre a 'deformidade' do adimplemento, quando elevada à aplicação de princípios gerais, mostra-se suscetível de aplicações frutíferas mesmo fora da empreitada e da compra e venda. Assim, por exemplo, também o locatário pode preferir requerer ao locador a eliminação das deformidades (ou o reparo da coisa) ou mesmo – quando for possível, pense-se, por exemplo, na locação de automóveis – a sua substituição (...)".

inadimplemento (inclusive a redução proporcional da contraprestação).[1052] A questão, longe de singela, desperta reflexão de todo relevante para que não se perca de vista o imprescindível controle valorativo que há de incidir sobre a escolha do remédio por parte do credor, tarefa a exigir renovada atenção por parte da doutrina contratual.[1053]

De todo modo, a expansão do espectro de cabimento do remédios conformativos – na esteira da releitura do postulado da tutela específica – conduz, ainda, ao reconhecimento de que não apenas o credor, mas também o devedor pode ter legítimo interesse no reparo, na substituição ou na reexecução. Assim, mediante a implementação de tais remédios conformativos, o devedor sanaria a imperfeição constante da prestação originariamente cumprida e evitaria, por exemplo, o desfazimento do vínculo que haveria de se consumar com base no manejo do remédio resolutório pelo adquirente – não raramente motivado em puro arrependimento pelo adquirente, em interesse de questionável merecimento de tutela.[1054]

[1052] A ilustrar essa tendência, veja-se a doutrina alemã no contexto de análise da reforma do direito das obrigações no BGB em 2002: "O que há de especial na nova regra, sistematicamente falando, é que o desfazimento do contrato se sujeita ao primado do pós-adimplemento (*Nacherfüllung*) e que o direito de escolha do comprador entre redução proporcional do preço (*Minderung*) e resolução (*Rücktritt*) fica restrito aos casos em que o vício não seja insignificante" (BALDUS, Christian. Interpretação histórica e comparativa no direito privado comunitário, cit., item 8). No mesmo sentido, afirma Reinhard Zimmermann: "*The new BGB, however, not only grants purchasers a right to these two types of supplementary performance, in addition to the other remedies available to them under the old law. It has introduced a grades system of remedies in that the purchaser is, in the first place, confined to this right to supplementary performance. It is his primary right*" (ZIMMERMANN, Reinhard. *The New German Law of Obligations*, cit., p. 104). Em tradução livre: "O novo BGB, no entanto, não apenas confere aos adquirentes o direito a esses dois tipos de cumprimento suplementar, em adição aos remédios disponíveis a eles pela antiga legislação. Introduziu-se um sistema de graus de remédios em que o adquirente está, em primeiro lugar, limitado a este direito ao cumprimento suplementar. É o seu direito primário".

[1053] "Portanto, a escolha dos instrumentos de proteção diante de uma situação de vício redibitório não é completamente livre. O *jus variandi* do credor-adquirente passa por um juízo de merecimento de tutela, submetendo-se ao cotejo com os demais elementos postos em relevo na dinâmica contratual concreta" (GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro*, cit., p. 133). Na busca por critérios úteis para a valoração da legitimidade da concreta escolha do remédio pelo credor, a autora afirma: "Pode-se apontar, portanto, a relevância do vício como um dos critérios de aferição da escolha feita pelo credor-adquirente. Não à toa, a redibição é vista como remédio a ser adotado, em regra, apenas nas situações de gravidade mais elevada. Por conta de seu viés aniquilante, é instrumento que a rigor deve ser manejado no mínimo com cautela. (...) Outro critério, especificamente em se tratando do pleito de reparação do defeito ou de substituição da coisa defeituosa, seria o da proporcionalidade do ônus gerado para o devedor. Por outras palavras, se o exercício do meio de proteção escolhido implicar sacrifício desproporcional ao devedor-alienante, o credor-adquirente deveria, a rigor, eleger outro mecanismo de tutela" (Ibid., p. 135).

[1054] Assim adverte Reinhard Zimmermann: "*After the BGB had entered into effect, it soon became clear that the traditional approach towards liability for defects under a contract of sale, as it had been perpetuated in the code, was unduly disadvantageous to the seller. Where complex technical equipment is sold, redhibition is much too severe a sanction if the defect can easily be remedied by replacing, or repairing, the defective part. The same applies to everyday transactions: a purchaser who has bought a defective specimen of a standard object in a shop can reasonably be expected to accept another object. There the purchaser avails himself of the codified version of the* actio redhibitoria*, he often does so because he regrets the purchase. This interest does not deserve to be protected*" (ZIMMERMANN, Reinhard. *The New German Law of Obligations*, cit., p. 99-100). Em tradução livre: "Depois que o BGB entrou em vigor, logo ficou claro que a abordagem tradicional da responsabilidade por vícios no âmbito de um contrato de compra e venda, como havia se perpetuado no código, era indevidamente desvantajosa para o vendedor. Onde equipamentos técnicos complexos são vendidos, a redibição é uma sanção severa demais se o defeito pode ser facilmente remediado mediante substituição ou

Não se trata de proposição inédita na dogmática do direito civil, mas tão somente de concretização da premissa geral acerca do direito do devedor à purga da mora, "oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta", nos exatos termos do art. 401, I, do Código Civil.[1055] Com efeito, enquanto perdurar o estado de inadimplemento relativo, o próprio devedor (e não apenas o credor, vale repisar) tem legítimo interesse em atuar para adequar a prestação imperfeita ao padrão esperado nos termos do contrato entabulado com o credor, no intuito de promover (ainda que tardiamente) o adimplemento contratual e sua consequente liberação.[1056]

Ao acerto de tais considerações se segue, do ponto de vista lógico, a cautela diante de eventual postura do credor que pretenda manejar algum dos demais remédios ao inadimplemento imediatamente após a configuração da mora, sem ter previamente oportunizado ao devedor "uma segunda chance para cumprir as suas obrigações contratuais".[1057] De fato, se é correto, por um lado, que o credor pode se socorrer do leque de remédios vocacionados a tutelar o seu interesse útil frustrado pelo inadimplemento contratual, parece igualmente correto que se deva razoavelmente oportunizar ao devedor a possibilidade de purga da mora mediante a implementação de algum remédio conformativo.

Trata-se, ilustrativamente, do resultado que ordinariamente se espera a partir da oposição da *exceção de contrato não cumprido* ("*exceptio non adimpleti contractus*", no original latino) – notadamente, na feição de *exceção de contrato não adequadamente cumprido* ("*exceptio non rite adimpleti contractus*", no original latino), que, como visto no item 2.2, *supra*, consiste em noção desenvolvida historicamente precisamente para justificar a oponibilidade da *exceptio* também em situações em que a prestação fosse cumprida pelo devedor, porém de modo desconforme com o padrão legitimamente esperado pelo credor.

---

reparo da parte defeituosa. O mesmo se aplica às transações cotidianas: de um adquirente que comprou uma amostra defeituosa de um objeto padrão em uma loja pode-se razoavelmente esperar que aceite outro objeto. Quando o adquirente se vale da versão codificada da *actio redhibitoria*, muitas vezes o faz porque se arrepende da compra. Este interesse não merece ser protegido".

[1055] Art. 401, I, do Código Civil: "Purga-se a mora: I - por parte do devedor, oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta; (...)".

[1056] "É mesmo possível que a substituição do bem ou a reparação do defeito seja mais viável e interessante para o próprio devedor. Há quem fale em um 'direito de substituição da coisa' que o devedor-alienante teria na hipótese de bens fungíveis – e, de certa forma, padronizados ou produzidos em expressiva escala. Vistas as coisas sob esse ângulo, se estaria diante mesmo de um direito de cura, um direito de purga da mora, semelhante ao que já se verifica a respeito das situações gerais de inadimplemento relativo, conforme previsto no art. 401 do Código Civil. Lembre-se que o direito das obrigações não se destina meramente a tutelar o direito do credor à prestação. Também o devedor tem interesses tuteláveis, nomeadamente o interesse em exonerar-se de suas obrigações" (GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro*, cit., p. 119).

[1057] Eis a contundente assertiva de Reinhard Zimmermann: "*Effectively this means that the seller is granted a right to cure the defective performance: he has a second chance to comply with his contractual obligations*" (ZIMMERMANN, Reinhard. *The New German Law of Obligations*, cit., p. 105). Em tradução livre: "Efetivamente, isso significa que o vendedor tem o direito de sanar o cumprimento defeituoso: ele tem uma segunda chance para cumprir as suas obrigações contratuais".

Com efeito, diante do cumprimento imperfeito da prestação, o credor pode sobrestar o cumprimento da sua prestação até que o devedor promova a sanação da sua prestação imperfeitamente cumprida,[1058] ou, em outras palavras, até que o devedor promova a regular purga da sua mora.[1059]

Tal orientação encontra-se positivada de modo expresso no âmbito das relações de consumo que envolvam vício de qualidade do produto. De fato, o CDC consagra sistemática na qual, em linha de princípio, o consumidor apenas pode se valer dos variados remédios que se lhe conferem caso o vício não seja "sanado no prazo máximo de trinta dias" (conforme previsão do art. 18, § 1º), ressalvadas as hipóteses em que se admite o recurso imediato dos remédios pelo consumidor (cfe. art. 18, § 3º).[1060] Ao assim dispor, o diploma consumerista consagra solução conciliatória do interesse do consumidor ao manejo dos remédios ao inadimplemento com o interesse do fornecedor à purga da mora.[1061]

Parece ser também essa a preocupação subjacente à disciplina da evicção no que diz respeito ao estabelecimento, pelo legislador, do cabimento dos remédios da resolução e da redução proporcional do preço apenas em "não sendo possível" o complemento da área – espécie de remédio conformativo de incidência prioritária à luz do art. 500, *caput*, do Código Civil. Trata-se de diretriz que, com a devida cautela, parece passível de extensão a outras

---

[1058] "Poderá [o adquirente], também, valer-se da exceção de contrato não cumprido – quando verificados os seus pressupostos –, suspendendo o adimplemento de sua prestação até que o devedor cumpra a sua obrigação de entregar coisa útil, livre de vícios" (GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro*, cit., p. 96).

[1059] Exatamente nesse sentido, a reconhecer a substituição como um remédio situado no âmbito da purga da mora, afirma Giovanni Ettore Nanni, ao tratar da "*exceptio non rite adimpleti contractus*": "Não importa se a deficiência é quantitativa ou qualitativa. O figurante contra quem se põe tem de aumentar ou melhorar a prestação feita, inclusive, se possível, pela substituição do objeto insatisfatoriamente prestado. Isso representa sanação do adimplemento ruim, ou seja, purgação da mora" (NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*, cit., p. 55).

[1060] Art. 18, §§ 1º e 3º, do CDC: "Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. § 1° Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço. (...) § 3° O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1° deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial. (...)".

[1061] Não se trata, contudo, de escolha isenta de críticas por parcela da doutrina consumerista. Ilustrativamente, afirma-se, em análise do § 1º do art. 18 do CDC: "É evidente que se trata de disposição, no mínimo, estranha, vez que incongruente em relação à própria concepção protetiva do CDC. As críticas doutrinárias foram inevitáveis, ora exigindo interpretação absolutamente restritiva, ora sustentando tratar-se de prazo que pode ser elidido por vontade do consumidor" (BESSA, Leonardo Roscoe. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESS, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*, cit., p. 223).

hipóteses de inadimplemento no âmbito de relações não consumeristas,[1062] bem como às demais hipóteses de vícios em relações de consumo – como os vícios de quantidade do produto e os vícios de qualidade dos serviços, para os quais os arts. 19 e 20 do CDC, respectivamente, não reconhecem de modo expresso a possibilidade de o fornecedor sanar a imperfeição da prestação antes que o consumidor possa optar por um dos remédios que se lhe concedem.

Por fim, à guisa de conclusão do presente item, cumpre investigar a possibilidade ou não de enquadramento, na categoria dos remédios conformativos, de figuras passíveis de reunião sob a alcunha de *execução substitutiva* (ou *tutela substitutiva*). Com essa locução se busca aludir a mecanismos de tutela que pretendem promover a satisfação do interesse útil do credor sem a cooperação direta do devedor. Trata-se de hipóteses em que, prescindindo-se da conduta do devedor direcionada ao adimplemento (correspondente à própria noção tradicional de *prestação*, como já se pôde destacar), o credor busca junto a um terceiro[1063] o bem ou o ato necessário para a satisfação do interesse útil que esse credor esperava ver satisfeito a partir da

[1062] Na esteira da orientação gradativamente acolhida pela experiência europeia em matéria de regulação da compra e venda, conforme relata Rebeca dos Santos Garcia: "Mas, por vezes, o próprio legislador pré-determina uma hierarquia, um certo *iter* a ser percorrido. Por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro, ao elencar os mecanismos de tutela do consumidor diante do vício do produto, determina que, antes, o fornecedor tem prazo para reparar o vício – só então, 'não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha' (art. 18, §1º). Essa regra é excepcionada, podendo o consumidor imediatamente escolher o remédio à sua disposição, quando se trata de produto essencial (art. 18, §3º). A regulamentação do tema, com uma relação de produtos essenciais, não foi ainda editada, embora tenha sido anunciada em março de 2013. Ainda, no direito alemão, e no direito europeu da compra e venda, em geral, há prevalência do chamado cumprimento tardio, ou pós-cumprimento (*Nacherfüllung*) – um neologismo, como aponta Sturm, que abrange a reparação e a substituição (...). Apenas se esse cumprimento tardio não se revelar, de fato, possível ou útil ao credor, haverá espaço para remédios como a redução (*Minderung*) e a resolução (*Rücktritt*). Esse é o sistema que vem sendo adotado, em geral, no direito 'europeu da compra e venda vigente na atualidade' (...)" (GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro*, cit., p. 134, nota de rodapé n. 426). Exatamente no mesmo sentido, a identificar o que considera "'a dupla barreira' do primado do 'pós-adimplemento' (*Nacherfüllung*) e do 'requisito da essencialidade' (*Wesentlichkeitserfordernis*)", afirma a doutrina alemã, a partir de pertinente exemplo hipotético: "Exemplo: o vendedor disse que o automóvel consumia 5,5 litros de combustível por 100 quilômetros rodados, quando na verdade o consumo era de 5,7 litros. Esse fato não enseja a possibilidade de desfazer do contrato. Pelo contrário, outros remédios jurídicos entram inteiramente em questão, quais sejam a reparação (*Nachbesserung*), a substituição (*Nachlieferung*) e a redução proporcional do preço (*Minderung*). Conforme o Direito europeu da compra e venda vigente na atualidade, reparação e substituição gozam de primazia; somente nos casos em que estas não podem ser aplicadas é que se pode, então, reduzir proporcionalmente o preço ou resolver o contrato, e esta última alternativa somente quando o vício for 'essencial' – visto que a resolução destrói o vínculo contratual, o equilíbrio de interesses das partes. Portanto é que, desde 2002, a resolução está sujeita à 'dupla barreira' do primado do 'pós-adimplemento' (*Nacherfüllung*) e do 'requisito da essencialidade' (*Wesentlichkeitserfordernis*)" (BALDUS, Christian. Interpretação histórica e comparativa no direito privado comunitário, cit., Introdução).

[1063] Na específica hipótese da tutela substitutiva de prestação consistente em emissão de declaração de vontade, a substituição é buscada diretamente junto ao Poder Judiciário. Justamente nesse sentido, o art. 464 do Código Civil alude à possibilidade de o juiz "suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar". *In verbis*: "Art. 464. Esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação". Em sentido semelhante, veja-se o art. 501 do CPC: "Art. 501. Na ação que tenha por objeto a emissão de declaração de vontade, a sentença que julgar procedente o pedido, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida".

prestação que deveria ter sido cumprida do devedor. Como em tais hipóteses a satisfação do interesse do credor é promovida sem a interveniência direta da conduta do devedor, fala-se em *execução substitutiva* ("execução" para se aludir à satisfação do interesse útil do credor, e "substitutiva" para se aludir à circunstância de tal resultado ser alcançado por intermédio de um terceiro que não o devedor).

Exemplo emblemático do que se está a referir por *execução substitutiva* se identifica no âmbito da disciplina das obrigações de fazer.[1064] Dispõe o art. 249 do Código Civil que, em caso de recusa ou mora por parte do devedor, "[s]e o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor" (art. 249, *caput*), o que via de regra depende de prévia autorização judicial, a qual, contudo, é dispensada "[e]m caso de urgência" (art. 249, p.ú.).[1065] Assim, por meio da prestação substitutiva de uma obrigação de fazer, "a mesma conduta é prestada não pelo devedor em si, mas por um terceiro às suas custas".[1066] Também no âmbito das obrigações de não fazer o Código Civil estabelece, em seu art. 251, a possibilidade de o credor buscar junto a um terceiro o desfazimento do ato a que se obrigara o devedor, sempre às custas do devedor.[1067] Ainda a evidenciar o inequívoco acolhimento da execução substitutiva das obrigações de fazer e de não fazer pelo direito brasileiro, vale mencionar que o Código de Processo Civil também trata de modo expresso da figura em seus arts. 816, 817 e 823.[1068]

[1064] Nessa seara, a doutrina processualista alude também à figura da "execução por transformação": "O exequente tem a opção de, ultrapassado o prazo fixado nos termos do art. 815 ou do art. 822 do CPC, e não tendo havido cumprimento voluntário pelo executado, requerer ao juiz que a obrigação seja cumprida por terceiro (art. 817, CPC). É a chamada execução por transformação, espécie de medida sub-rogatória pela qual a prestação de fato é substituída, para o executado, por uma prestação pecuniária, sem que o credor deixe de receber especificamente o bem da vida a que faz jus" (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Volume 5: execução, cit., p. 1.113).

[1065] Art. 249 do Código Civil: "Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível. Parágrafo único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido".

[1066] TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil*. Volume 2: obrigações. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 77.

[1067] Art. 251 do Código Civil: "Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos. Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido".

[1068] Em matéria de obrigações de fazer, assim dispõem os arts. 816 e 817 do CPC: "Art. 816. Se o executado não satisfizer a obrigação no prazo designado, é lícito ao exequente, nos próprios autos do processo, requerer a satisfação da obrigação à custa do executado ou perdas e danos, hipótese em que se converterá em indenização. Parágrafo único. O valor das perdas e danos será apurado em liquidação, seguindo-se a execução para cobrança de quantia certa"; "Art. 817. Se a obrigação puder ser satisfeita por terceiro, é lícito ao juiz autorizar, a requerimento do exequente, que aquele a satisfaça à custa do executado. Parágrafo único. O exequente adiantará as quantias previstas na proposta que, ouvidas as partes, o juiz houver aprovado". Já em matéria de obrigações de não fazer, assim dispõe o art. 823 do CPC: "Havendo recusa ou mora do executado, o exequente requererá ao juiz que mande desfazer o ato à custa daquele, que responderá por perdas e danos. Parágrafo único. Não sendo

A enfática admissibilidade da execução substitutiva no âmbito das obrigações de fazer e de não fazer (que remonta, no plano do direito material, pelo menos ao Código Civil de 1916)[1069] se contrapõe à grave lacuna da codificação civil a respeito do cabimento da execução substitutiva no âmbito das obrigações de dar – lacuna talvez associada a algumas peculiaridades do *Code Napoléon*,[1070] diploma que serviu de inspiração à legislação brasileira na matéria.[1071] Coloca-se, então, o questionamento: o credor de uma obrigação de dar (coisa certa ou coisa incerta) pode buscar a satisfação do seu interesse junto a um terceiro (mediante *compra substitutiva* ou *venda substitutiva*) caso o devedor não execute espontaneamente a prestação devida (ou a execute de modo imperfeito)? Assim, por exemplo, caso o vendedor não entregue tempestivamente a mercadoria prometida no âmbito de contrato doméstico de fornecimento (ou a entregue contendo graves vícios de qualidade), poderia o comprador adquirir a mercadoria necessária junto a um terceiro, à custa do vendedor inadimplente, em procedimento similar ao facultado pelo Código Civil ao credor no âmbito do regramento das obrigações de fazer e de não fazer (arts. 249 e 251, respectivamente)?

Uma vez mais, incumbe investigar no direito positivo a resposta para tal sorte de questionamento. Para tanto, a primeira (e, nem por isso, menos acertada) solução consiste na

---

possível desfazer-se o ato, a obrigação resolve-se em perdas e danos, caso em que, após a liquidação, se observará o procedimento de execução por quantia certa".

[1069] De fato, o cabimento da prerrogativa em comento era reconhecido tanto no âmbito das obrigações de fazer (art. 881 do Código Civil de 1916: "Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, ou pedir indenização por perdas e danos") quanto no âmbito das obrigações de não fazer (art. 883 do Código Civil de 1916: "Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigará, pode o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos"). Como se percebe, tais dispositivos (arts. 881 e 883 do CC/1916) foram reproduzidos sem alteração expressiva, respectivamente, pelos arts. 249 e 251 do Código Civil de 2002. A propósito, a maior inovação do diploma de 2002 consistiu na positivação da possibilidade de o credor promover a medida em comento sem prévia autorização judicial quando se tratar de "caso de urgência" (cfe. art. 249, p.ú., e art. 251, p.ú.).

[1070] "Aprofundando essa questão, é possível apontar ao menos duas razões para a ausência de regramento de execução por substituição na seção '*de l'obligation de donner*', omissão que foi repetida pelo legislador brasileiro. É relevante identificar essas razões, pois elas confirmam que essa omissão legal não é fruto da intenção legislativa de vedar a execução por substituição nos casos de obrigações de dar. Em primeiro lugar, no Código Civil francês, a seção '*de l'obligation de donner*' continha regras sobre obrigações ligadas a coisas certas, ou seja, coisas determinadas individualmente, ou que o vendedor já separou e disponibilizou para o comprador. Nesses casos, pelo direito francês, a simples celebração do contrato já implicava a transferência da propriedade (art. 1138, na versão anterior à reforma de 2016). Assim, em face do inadimplemento, ao comprador cabia pretensão não ao fornecimento de mercadorias alheias, mas à entrega de seus próprios bens. Nesse contexto, não é possível ou, ao menos, é contraintuitivo pensar em execução por substituição. Em segundo lugar, era em prol da liberdade do devedor que as obrigações de fazer e de não fazer não eram passíveis de execução direta, sendo, em face do inadimplemento do devedor, convertidas em perdas e danos (art. 1142, na versão anterior à reforma de 2016), ou em execução por substituição (arts. 1143 e 1144). (...) No caso das obrigações de dar, como a entrega de coisa certa pode ser normalmente obtida sem que o devedor precise colaborar diretamente, ou seja, como a liberdade do devedor não estava ameaçada com a execução, uma tal norma de execução substitutiva pode ter parecido desnecessária ao legislador" (DIAS, Daniel. *Mitigação de danos na responsabilidade civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 287-288).

[1071] A propósito, afirma-se que "(...) o regramento dos arts. 249 e 251 foi inspirado no Código Civil francês (...)" (DIAS, Daniel. *Mitigação de danos na responsabilidade civil*, cit., p. 285).

expansão, por via analógica, do remédio assegurado ao credor de obrigação de fazer ou de não fazer pelos arts. 249 e 251 do Código Civil, respectivamente.[1072] Assim, considerando que tanto o inadimplemento das obrigações de dar quanto o inadimplemento das obrigações de fazer e de não fazer traduzem frustração do equilíbrio contratual, impõe-se o reconhecimento da operatividade dos mesmos remédios para a tutela do interesse útil do credor diante de outras hipóteses de desequilíbrio imputável ao devedor que não a singular hipótese de inadimplemento de obrigação de fazer ou de não fazer.[1073] Para além da necessária identidade dos remédios deflagrados pelo mesmo valor regente das vicissitudes supervenientes (o princípio do equilíbrio contratual), tal proposição move-se ao encontro da busca pela sedimentação da disciplina comum das relações patrimoniais,[1074] inclusive no que diz respeito às variadas modalidades de obrigações.[1075]

Não apenas a disciplina codificada em matéria de obrigações de fazer e de não fazer, mas também a normativa prevista pela CISG constitui valioso ponto de partida para a extensão, por via analógica, dos remédios de execução substitutiva. De fato, o art. 75 da CISG trata de modo expresso da legitimidade da compra substitutiva e da venda substitutiva,[1076]

[1072] "No direito brasileiro, portanto, é melhor recorrer a uma aplicação analógica do art. 249, para fim de extrair, no caso concreto, o direito do comprador à compra substitutiva" (DIAS, Daniel. *Mitigação de danos na responsabilidade civil*, cit., p. 288).

[1073] Nesse sentido, a reconhecer o cabimento do remédio da compra substitutiva inclusive na seara das obrigações de dar coisa certa: "Partindo da experiência francesa, é possível concluir que o sistema brasileiro é ainda mais propício ao reconhecimento da faculdade de substituição do comprador. No Brasil, pode-se pensar em uma tal faculdade em casos de compra e venda de bens fungíveis, mesmo que a obrigação do vendedor seja de dar coisa certa – pelo fato de as coisas terem sido determinadas individualmente, ou de já ter havido concentração (art. 245). Isso porque, mesmo nesses casos, não terá havido transferência da propriedade da coisa vendida (art. 1.267), fazendo, portanto, sentido falar em compra substitutiva" (DIAS, Daniel. *Mitigação de danos na responsabilidade civil*, cit., p. 288).

[1074] A passagem se inspira na mais ampla proposta de sedimentação da abordagem unitária das relações patrimoniais em geral (contrapondo-se àquelas existenciais): "As situações subjetivas patrimoniais podem ser objeto de uma abordagem unitária, embora ainda não tenha sido elaborada, interpretativamente, uma normativa comum que lhes sirva de referência. Esta normativa comum não se pode identificar exclusivamente com o direito das obrigações ou com aquele das relações reais, mas deve ser concebida como a síntese da disciplina de todas as relações patrimoniais" (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 892).

[1075] A partir de similar ordem de preocupação, reconhece-se que as obrigações de dar e as de fazer são "regidas ambas, cada vez mais, pelos mesmos princípios": "Por muito tempo, utilizou-se também como critério distintivo entre obrigações de dar e de fazer o fato de as primeiras admitirem execução específica, impossível no tocante às últimas. (...) O direito civil contemporâneo vem, todavia, alterando esse quadro. Embora seja mesmo inaceitável compelir coercitivamente alguém a praticar conduta indesejada, admitem-se, no âmbito das obrigações de fazer, remédios outros que não a mera indenização por perdas e danos, muitas vezes ineficaz. Assim, há muito, já se admite a prestação substitutiva nas obrigações de fazer, em que a mesma conduta é prestada não pelo devedor em si, mas por um terceiro às suas custas. E mesmo no campo das obrigações personalíssimas se tem admitido, com relação às prestações de declaração de vontade, a atividade substitutiva do Poder Judiciário, que emite, em lugar do devedor, a declaração esperada pelo credor. Esse critério da execução específica vem, portanto, perdendo importância na diferenciação entre obrigações de dar e de fazer, regidas ambas, cada vez mais, pelos mesmos princípios" (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil*. Volume 2: obrigações. 3. ed., cit., p. 77-78).

[1076] Art. 75 da CISG: "Se o contrato for rescindido e se, em modo e prazo razoáveis após a rescisão, o comprador proceder a uma compra substitutiva ou o vendedor a uma venda substitutiva, a parte que exigir a indenização

traduzindo mais uma relevante manifestação do acolhimento dos remédios de execução substitutiva pelo direito positivo brasileiro.[1077] A positivação da compra e da venda substitutivas pela CISG corrobora, portanto, a já mencionada necessidade de extensão, por via analógica, de tais remédios para outras hipóteses de inadimplemento contratual, face à identidade de fundamento valorativo (traduzida no princípio do equilíbrio contratual) subjacente à tutela das diversas vicissitudes supervenientes que convergem em torno da noção de frustração do interesse útil do credor por causa imputável ao devedor.

Afigura-se digna de nota, nesse contexto, a circunstância de a CISG tratar da compra e da venda substitutivas no âmbito dos dispositivos concernentes às "perdas e danos" (expressão que serve de título à seção em questão – Seção II do Capítulo V da Parte III). Não se deve incorrer no equívoco de se imaginar que a mera localização topográfica do dispositivo pertinente à compra e à venda substitutivas conduz a uma suposta natureza indenizatória de tais remédios.[1078] Em realidade, os remédios de execução substitutiva (como a generalidade dos remédios de que se está a tratar nesta tese) constituem remédios ao inadimplemento contratual, orientados pelo objetivo (imposto pelo princípio do equilíbrio contratual) de promoção, na maior medida possível, do programa contratual entabulado pelas partes.

Sucede que, uma vez implementados tais remédios de execução substitutiva, pode vir a deflagrar-se, em termos práticos, uma nova pretensão do credor em face do devedor. Essa nova pretensão consiste essencialmente na postulação da reparação dos danos sofridos pelo credor (*in casu*, as despesas suportadas para a implementação da compra ou venda substitutiva, caso não as tenha adiantado o devedor)[1079] em decorrência do inadimplemento

---

poderá obter a diferença entre o preço do contrato e o preço estipulado na operação substitutiva, assim como quaisquer outras perdas e danos exigíveis de acordo com o artigo 74".

[1077] Para o desenvolvimento da análise acerca do regramento dispensado pela CISG à compra e à venda substitutivas, remete-se a DIAS, Daniel. *Mitigação de danos na responsabilidade civil*, cit., p. 279-282.

[1078] A ausência de natureza indenizatória dos remédios conformativos é destacada por Rebeca dos Santos Garcia no contexto dos vícios redibitórios: "Portanto, seguindo-se por essa trilha, a reparação do vício ou a substituição da coisa defeituosa é alternativa que se deve prestigiar. Isso não apenas por dar expressão ao princípio geral da preservação dos contratos, mas principalmente porque representa meio de assegurar ao credor o direito ao adequado adimplemento do contrato. É medida que, a rigor, satisfaz de maneira plena os interesses do credor. Acrescente-se que não há, nesse meio de tutela, um caráter ressarcitório; trata-se de expressão do direito ao adimplemento. Por isso, dispensa também a verificação do elemento culpa" (GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro*, cit., p. 118).

[1079] O dano injusto tende a corresponder às *despesas suportadas para a implementação da compra ou venda substitutiva* justamente por se considerar que a relação contratual permanece em vigor. Caso, diversamente, assuma-se a resolução do contrato, afigurar-se-ia de difícil sustentação a incidência da execução substitutiva, por aparente contrassenso entre uma "execução" (ainda que substitutiva) e a premissa acerca da resolução contratual (presumivelmente por frustração definitiva do interesse útil do credor); de todo modo, caso admitida a configuração de dano injusto manifestado na contratação junto a terceiros em decorrência do inadimplemento por parte do devedor originário, a extensão do dano tendencialmente haverá de corresponder à parcela de agravamento do custo, caso existente tal agravamento. Afinal, a mera contratação de terceiro não traduziria dano injusto caso o contrato originário tivesse sido resolvido por inadimplemento, pois nesse cenário o credor faria jus

contratual.[1080] Trata-se, portanto, de autêntica pretensão indenizatória,[1081] fundada na responsabilidade civil contratual – o que, aliás, a jurisprudência pátria tem reconhecido em inúmeras ocasiões, tais como em casos envolvendo pretensões de reembolso de despesas médico-hospitalares suportadas pelo beneficiário e que deveriam ter sido adiantadas pelo plano de saúde,[1082] bem como pretensões reembolso de despesas relativas à compra substitutiva de materiais de construção defeituosos.[1083]

Nesse contexto, não surpreende que a doutrina contemporânea cogite da relevância da execução substitutiva até mesmo na seara do dever de mitigar o próprio dano.[1084] Afirma-se, a propósito, que, em muitas ocasiões, a execução substitutiva não apenas é possível, mas igualmente exigível do credor no âmbito do padrão de cooperação que a boa-fé objetiva lhe

---

à restituição da sua prestação porventura adiantada e poderia livremente firmar novos contratos com terceiros, inclusive valendo-se dos recursos então restituídos pelo seu devedor originário.

[1080] A doutrina italiana indica, nesse sentido, que os "custos de substituição" consistem em "um critério de mensuração do dano baseado nos custos necessários para substituir a prestação defeituosa": "Em parte semelhante à questão dos custos de restauração é aquela relativa aos chamados custos de substituição. Com esta expressão se pretende fazer referência a um critério de mensuração do dano baseado nos custos necessários para substituir o a prestação defeituosa (ou que permaneceu parcialmente não cumprida). Pense-se, a título de exemplo, nos custos associados à substituição integral das tubulações do sistema hídrico um edifício por não serem conformes àquelas previstas no contrato" (SMORTO, Guido. *Il danno da inadempimento*. Padova: CEDAM, 2005, p. 38). Tradução livre do original: "*In parte simile alla materia dei costi di ripristino è quella relativa ai c.d. costi di sostituzione. Con questa espressione si intende fare riferimento ad un criterio di misurazione del danno basato sui costi necessari per sostituire la prestazione difettosa (ovvero rimasta parzialmente inadempiuta). Si pensi, a titolo di esempio, ai costi connessi alla sostituzione integrale delle tubazioni del sistema idrico di uno stabile perché non conformi a quelle previste in contratto*".

[1081] Não seria de se afastar por completo a cogitação da configuração de pretensão restitutória fundada na vedação ao enriquecimento sem causa, notadamente nas hipóteses em que as despesas para a contratação da execução substitutiva tenham sido suportadas por alguém que não o credor. Afinal, se um terceiro vem a realizar dispêndio de valores que finda por promover a finalidade da obrigação que incumbia ao devedor perante seu credor (obrigação de promover o reparo ou a substituição da prestação em razão da execução imperfeita da prestação), com a subsequente exoneração do devedor quanto a essa obrigação perante o credor, resulta que esse terceiro terá gerado para o devedor um autêntico enriquecimento sem causa (na modalidade de poupança de despesas). Trata-se, aliás, exatamente da hipótese de pagamento por terceiro não interessado que paga a dívida em seu próprio nome, nos termos do art. 305 do Código Civil. Nesse caso, deflagra-se direito de regresso de tal terceiro em face do devedor originário, em manifestação de pretensão restitutória deflagrada pela vedação ao enriquecimento sem causa. Quanto à qualificação do regresso como pretensão de perfil funcional restitutório, seja consentido remeter a SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa*, cit., p. 228-229.

[1082] "(...) 1. É decenal o prazo prescricional aplicável para o exercício da pretensão de reembolso de despesas médico-hospitalares alegadamente cobertas pelo contrato de plano de saúde (ou de seguro saúde), mas que não foram adimplidas pela operadora. 2. Isso porque, consoante cediço na Segunda Seção e na Corte Especial, nas controvérsias relacionadas à responsabilidade contratual, aplica-se a regra geral (artigo 205 do Código Civil) que prevê dez anos de prazo prescricional (...)" (STJ, REsp 1.756.283/SP, 2ª S., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 11/3/2020).

[1083] "(...) 1. Trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais proposta por consumidor contra o fabricante e o comerciante de revestimentos cerâmicos após o surgimento de defeito do produto. (...) 3. A eclosão tardia do vício do revestimento, quando já se encontrava devidamente instalado na residência do consumidor, determina a existência de danos materiais indenizáveis e relacionados com a necessidade de, no mínimo, contratar serviços destinados à substituição do produto defeituoso. Desse modo, a hipótese é de fato do produto, sujeito ao prazo prescricional de 5 (cinco) anos. (...)" (STJ, REsp 1.176.323/SP, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 3/3/2015).

[1084] V., entre outros, LOPES, Christian Sahb Batista. A quantificação da indenização e operações substitutivas na compra e venda de mercadorias: a CISG e o direito brasileiro. In: KULESZA, Gustavo Santos; MOREIRA, Rodrigo. *Direito contratual e Convenção de Viena (CISG)*. São Paulo: Almedina, 2021, *passim*.

impõe com vistas à mitigação do próprio prejuízo.[1085] Nesse sentido, por traduzir a desconformidade com o padrão de cooperação razoavelmente esperado do credor, a ausência de contratação da execução substitutiva repercutiria diretamente na delimitação da extensão do dano indenizável, ao argumento de que parcela do dano poderia ter sido evitada caso a vítima (*in casu*, o credor) tivesse adotasse comportamentos direcionados à mitigação do seu próprio prejuízo.[1086]

Ao que mais diretamente importa para a presente tese, nota-se que também a correlação da execução substitutiva com o dever de mitigação do próprio dano corrobora o reconhecimento da plena compatibilidade da execução substitutiva com o direito brasileiro, bem como o reconhecimento da possibilidade (*rectius*: necessidade) de expansão dos remédios de execução substitutiva para além das hipóteses já expressamente previstas em lei. Tais remédios consistem, como já destacado, em mecanismos de promoção do programa contratual frustrado pelo desequilíbrio imputável ao devedor. Trata-se, em suma, de remédios vocacionados à tutela do interesse útil do credor, os quais devem ter seu espectro de incidência orientado (e, quando pertinente, expandido) pelo princípio do equilíbrio contratual.

A vinculação intuitiva entre os remédios de execução substitutiva e o interesse útil do credor revela que tais remédios promovem autêntica tutela específica do interesse do credor.[1087] Tal constatação parece particularmente mais evidente nas hipóteses em que a prestação mal cumprida pelo devedor (e.g., mediante a entrega de coisa defeituosa) diga respeito a uma obrigação de dar coisa incerta. Nessa hipótese, a execução substitutiva, ao promover a alteração da coisa defeituosa por outra isenta de vícios, finda por coincidir, em perspectiva funcional, com o remédio da substituição (de que já se pôde tratar neste item). Apenas em perspectiva estrutural, com base na titularidade do bem, se poderiam diferenciar tais figuras, conforme o bem substituto pertença ao próprio devedor ou a um terceiro –

[1085] Para o desenvolvimento da reflexão, com análise de casos concretos envolvendo "locação de veículo substituto durante tempo de reparo" e "substituição da máquina defeituosa", v. LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 246 e ss.

[1086] Nesse sentido, afirma-se: "(...) deve-se interpretar o dispositivo [art. 249, parágrafo único, do Código Civil] conjuntamente com o art. 403, o qual exclui da responsabilidade do devedor inadimplente o dano que o credor culposamente deixou de evitar. Interpretando esses dispositivos conjuntamente, chega-se à conclusão de que o credor pode celebrar compra substitutiva, mas, se ele o fizer com demora injustificada, não terá direito de ser indenizado pelo dano que poderia razoavelmente ter sido evitado" (DIAS, Daniel. *Mitigação de danos na responsabilidade civil*, cit., p. 289).

[1087] A evidenciar a correção entre a compra substitutiva e a tutela específica, afirma-se: "Mas, em caso de urgência, o comprador apenas pode ou também tem ele de realizar a compra substitutiva, sob pena de ter a sua indenização reduzida? (...) Nessa hipótese de urgência, o comprador tem sim de celebrar compra substitutiva, desde que essa medida seja razoável, ou seja, não envolva esforço ou gastos excessivos. Em prol dessa conclusão joga o fator de que, pela aplicação analógica do art. 249, parágrafo único, a compra substitutiva é considerada execução em natura. Nessa perspectiva, a compra de cobertura é coerente com a prevalência no direito brasileiro pela tutela específica, não havendo, dessa maneira, os obstáculos encontrados pela via das perdas e danos" (DIAS, Daniel. *Mitigação de danos na responsabilidade civil*, cit., p. 289).

hipóteses em que se tenderia a falar em *substituição* e em *execução substitutiva*, sem embargo, vale frisar, da convergência funcional entre tais remédios.

Já nas hipóteses nas quais a prestação mal cumprida pelo devedor disser respeito a uma obrigação de dar coisa certa ou a uma obrigação de fazer ou de não fazer, a execução substitutiva aparentemente aproximar-se-á da *tutela pelo resultado prático equivalente* (à qual se pôde fazer menção no item 2.3, *supra*), uma vez que nessas situações a satisfação do interesse útil do credor depende da interveniência de um terceiro, prescindindo-se da conduta do devedor. Com efeito, trata-se de hipóteses em que o interesse útil do credor é promovido não pela prestação (compreendida como conduta do devedor direcionada ao adimplemento), mas sim por mecanismos alternativos idôneos à produção do resultado útil legítima e razoavelmente associado à prestação. De todo modo, como também já demonstrado no item 2.3, *supra*, parcela da própria doutrina processualista contemporânea reconhece que a *tutela pelo resultado prático equivalente* (disciplinada pelos arts. 497 e 536 do CPC, bem como pelo art. 84 do CDC) consiste em manifestação da *tutela específica*, o que se posta a corroborar, uma vez mais, a constatação de que a execução substitutiva traduz mecanismo de tutela específica do interesse útil do credor, com a peculiaridade de tal tutela prescindir da conduta do devedor.

Como se percebe, os plurais (e convergentes) fundamentos normativos evidenciam que o direito positivo brasileiro consagra o amplo acolhimento dos remédios conformativos (substituição, reparo e reexecução) e da execução substitutiva como legítimos remédios ao inadimplemento contratual. Incumbe à doutrina civilista, então, assumir o seu protagonismo na expansão de tais remédios para outras hipóteses de vicissitudes supervenientes imputáveis orientadas pelo mesmo fundamento valorativo, em cumprimento ao contínuo esforço de colmatação das lacunas aparentes verificadas no ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

A presente tese buscou, em síntese essencial, investigar a possibilidade de expansão, por via analógica (axiologicamente orientada pelo princípio do equilíbrio contratual), do cabimento dos remédios ao inadimplemento contratual para além das hipóteses objeto de previsão legal expressa, com vistas à otimização da efetividade da tutela do interesse útil do credor frustrado pelo inadimplemento contratual. Tal propósito foi perseguido a partir da análise do dado normativo brasileiro e das correlatas proposições doutrinárias, o que permitiu o estabelecimento de premissas teóricas conformes à compreensão sistemática do ordenamento jurídico e idôneas à explicitação da necessidade de superação do caráter fragmentário da disciplina dispensada pelo direito positivo nacional à temática dos remédios ao inadimplemento contratual. As principais proposições conclusivas da investigação podem ser assim resumidas:

I. Sobre o papel desempenhado pelo princípio do equilíbrio contratual na dogmática contemporânea do direito dos contratos:

(i) A formulação autorreferenciada do equilíbrio contratual. Segundo essa forma de compreensão da matéria, o equilíbrio contratual teria como parâmetro de análise a própria relação tal como concretamente entabulada pelos contratantes. Afigurar-se-iam irrelevantes para a configuração do equilíbrio contratual quaisquer valores externos à vontade das partes, rejeitando-se, portanto, que a avença fosse tomada como objeto de uma análise destinada a identificar, com base em parâmetros exógenos à vontade declarada, se o contrato sob exame seria equilibrado ou desequilibrado. A configuração do equilíbrio consistiria em um produto automático e necessário da formação da avença com base na livre e consciente manifestação de vontade pelos figurantes. O desequilíbrio, portanto, residiria na desconformidade entre o equilíbrio contratual extraído da livre manifestação de vontade dos particulares e a concreta situação fática verificada em sede de execução do programa contratual, razão pela qual apenas poder-se-ia cogitar de desequilíbrio superveniente à formação da avença.

(ii) A formulação heterorreferenciada do equilíbrio contratual. Segundo essa forma de compreensão da matéria, o equilíbrio teria como parâmetro de análise não a relação tal como concretamente entabulada pelos contratantes, mas sim valores externos à vontade das partes. Assume particular destaque, nessa formulação, o ideal de proporcionalidade econômico-financeira entre as prestações, alegadamente decorrente da aplicação, à disciplina contratual, dos valores consagrados na tábua axiológica constitucional, destacadamente a garantia da isonomia substancial e o objetivo fundamental de redução das desigualdades sociais e regionais. A configuração do equilíbrio contratual dependeria do recurso a elementos de cunho objetivo (no mais das vezes, quantitativo ou econômico) alheios à simples vontade declarada pelas partes. O

equilíbrio, assim compreendido, serviria de parâmetro de análise da relação concretamente entabulada pelos figurantes. O desequilíbrio, portanto, residiria na desconformidade entre o programa contratual concretamente entabulado pelas partes e o ideal de proporcionalidade econômica entre as prestações, razão pela qual poder-se-ia cogitar tanto de desequilíbrio originário quanto de desequilíbrio superveniente, conforme tal desconformidade, respectivamente, estivesse presente desde o momento da celebração do contrato ou viesse a se manifestar posteriormente.

(iii) Limitações das formulações tradicionais. Sem embargo dos méritos subjacentes a cada uma das formulações tradicionais, nota-se que ambas apresentam expressivas limitações para a compreensão do escopo do princípio do equilíbrio contratual no direito brasileiro. As limitações da formulação autorreferenciada remontam essencialmente à definição e à valoração do programa contratual originário: quanto à definição do programa contratual, tem-se que o regulamento contratual é composto não apenas pelo conteúdo diretamente desejado pelas partes, mas também pelos variados deveres decorrentes da lei (como os deveres laterais de conduta decorrentes da boa-fé objetiva); quanto à valoração do programa contratual, tem-se que a liberdade contratual não pode ter a sua legitimidade aferida exclusivamente a partir da própria vontade das partes, impondo-se, ao revés, a investigação da sua conformidade com os demais valores que informam o inteiro ordenamento jurídico. Já as limitações da formulação heterorreferenciada remontam, sobretudo, ao risco de uma intervenção injustificada em certas relações privadas – que poderia decorrer da busca pelo suposto ideal de proporcionalidade econômica entre prestações na generalidade das avenças –, bem como ao risco de esmorecimento da autonomia conceitual do próprio princípio do equilíbrio contratual – subjacente à encontradiça afirmação de que o escopo de tal princípio cingir-se-ia a determinar a remissão a variados valores tutelados pela ordem jurídica, como se o próprio princípio do equilíbrio contratual não traduzisse um valor digno de tutela.

II. Sobre a sedimentação de uma renovada principiologia de proteção do programa contratual diante do inadimplemento:

(iv) Equilíbrio contratual e obrigatoriedade dos pactos. A análise das principais disposições normativas associadas à temática do equilíbrio contratual e das respectivas proposições teóricas conduz ao reconhecimento de que, à luz do direito brasileiro, o princípio do equilíbrio contratual atua como mandado de otimização do programa contratual originário. Assim, uma vez valorado e reputado legítimo, à luz da axiologia do sistema, o programa contratual entabulado pelas partes, o princípio do equilíbrio contratual passa a atuar, então, não para impor um certo ideal de justiça contratual, mas sim para determinar a mais eficiente possível realização da equação global de interesses depreendida da análise funcional do

contrato. Nesse sentido, o princípio do equilíbrio contratual não traduz uma mitigação do comando traduzido no princípio da obrigatoriedade dos pactos. Ao revés, partindo-se da premissa de rejeição da compreensão dos mecanismos de reequilíbrio como supostas exceções à obrigatoriedade dos pactos, sustenta-se a necessidade de uma releitura funcional deste último, apta a propiciar o reconhecimento de que os remédios relacionados ao princípio do equilíbrio consistem em mecanismos adequados para a máxima (ou mais eficiente) promoção do próprio programa contratual de interesses turbado pela vicissitude superveniente que veio a afetar o equilíbrio contratual. O princípio do equilíbrio contratual constitui, nessa medida, a partir de uma releitura funcional, um corolário do princípio da obrigatoriedade dos pactos.

(v) Qualificação do inadimplemento à luz do princípio do equilíbrio contratual. Partindo-se das renovadas premissas teóricas relativas ao escopo do princípio do equilíbrio contratual no direito brasileiro, pode-se identificar o inadimplemento como circunstância de desequilíbrio imputável ao devedor. Tal premissa repercute sobre a qualificação de inúmeras hipóteses fáticas que, essencialmente por razões históricas ou topográficas, usualmente são afastadas da noção de inadimplemento, na contramão da conclusão imposta pela identidade funcional subjacente a elas (como sucede, por exemplo, com figuras como vícios redibitórios, evicção, cumprimento imperfeito, desconformidade das mercadorias e vícios do produto ou do serviço). Sem se mover por uma pretensão puramente conceitual, tal ordem de compreensão da matéria pretende, acima de tudo, realçar a importância da busca pela superação do caráter fragmentário do tratamento dispensado pela legislação nacional a variadas hipóteses fáticas que, conquanto funcionalmente convergentes em torno da noção de desequilíbrio, recebem distintas regulações quanto aos remédios cabíveis. Não se trata de ignorar a legitimidade de escolhas específicas do legislador que estejam vinculadas a caracteres próprios da relação contratual (como sucede com a exigência de requisitos menos rigorosos para a revisão contratual por iniciativa do consumidor, cuja vulnerabilidade é presumida pelo CDC) ou mesmo da vicissitude de desequilíbrio sob exame (como sucede com a exigência de imputabilidade para a configuração do inadimplemento contratual). Busca-se, em realidade, tão somente reconhecer a necessidade de aproximação da matéria na medida do ponto fundamental em comum – o objetivo de tutela do contratante diante da frustração do equilíbrio contratual.

(vi) Premissas para a adoção de uma perspectiva remedial no direito contratual. A investigação dos instrumentos mais adequados à tutela de um interesse reputado legítimo constitui tarefa indissociável da própria investigação do merecimento de tutela de certo interesse. A impossibilidade de cisão entre a definição do interesse merecedor de tutela e a

individualização do respectivo mecanismo de tutela reclama do intérprete-aplicador do direito a constante busca pelo mecanismos mais adequados para a concretização da tutela prometida por ocasião da individualização do ordenamento do caso concreto. A adoção de uma perspectiva remedial serve precisamente a investigar os mecanismos mais adequados de tutela dos interesses reputados merecedores de tutela em cada caso concreto, sem uma vinculação rígida aos remédios porventura já estabelecidos de modo expresso pelo legislador para certa *fattispecie*. Nesse sentido, o reconhecimento da expansão do espectro de incidência dos remédios para além das previsões legais expressas – no direito privado, em geral, e no direito contratual, em particular – vai ao encontro da premissa metodológica que destaca a imprescindibilidade do raciocínio analógico no âmbito de todo o processo de interpretação-aplicação do direito. A adoção de uma perspectiva remedial permite, em suma, a superação da suposta taxatividade remedial que usualmente se atribui (ainda que não explicitamente) aos sistemas jurídicos da família romano-germânica.

III. Sobre a ampliação do espectro de incidência dos remédios ao inadimplemento contratual:

(vii) Reconhecimento da não taxatividade das hipóteses de incidência dos remédios ao inadimplemento. O tratamento dispensado pelo direito brasileiro aos remédios ao inadimplemento se caracteriza pela ausência de caráter sistemático, o que agrava as dúvidas acerca das hipóteses de incidência dos remédios predispostos pelo legislador, em especial no que diz respeito à possibilidade ou não de expansão do espectro de incidência de tais remédios. Nesse contexto, incumbe ao intérprete perquirir, à luz do dado normativo, a existência de convergências funcionais entre as variadas hipóteses fáticas de desequilíbrio imputável (em torno da revisitada noção de inadimplemento contratual) que determinem a aplicação de semelhantes mecanismos de tutela. Assim, a adoção de uma perspectiva remedial, pautada na imprescindibilidade da analogia para todo o fenômeno de interpretação-aplicação do direito, repercute diretamente na compreensão dos mecanismos de tutela deflagrados pelo inadimplemento contratual, conduzindo ao reconhecimento da possibilidade de expansão do respectivo espectro de incidência para outras hipóteses que, conquanto substancialmente similares ou idênticas, não contam com previsão legal expressa a respeito do cabimento de certos remédios. Supera-se, em suma, a taxatividade associada (explícita ou implicitamente) às hipóteses de incidência dos remédios ao inadimplemento contratual.

(viii) Novas perspectivas de atuação da revisão como remédio ao inadimplemento. Uma primeira valiosa ilustração das perspectivas de aplicação do raciocínio proposto remonta à revisão – quando operante na qualidade de remédio ao inadimplemento, naturalmente, e não

como remédio a vicissitudes inimputáveis. A análise do dado normativo (e.g., Código Civil, CDC e CISG) revela que o direito brasileiro consagra largamente a legitimidade da revisão (particularmente na feição de redução proporcional da contraprestação) como remédio ao inadimplemento contratual. Mais do que isso, a análise do direito positivo evidencia que a incidência de tal remédio não guarda vinculação direta com atributos peculiares dos contratantes ou das prestações, traduzindo, em realidade, um importante mecanismo de tutela deflagrado por variadas hipóteses fáticas convergentes em torno da noção de desequilíbrio imputável ao devedor. Justifica-se, portanto, que o espectro de incidência do remédio revisional seja expandido, em perspectiva analógica, para outras hipóteses fáticas nas quais o interesse frustrado pelo inadimplemento seja protegido pelo mesmo fundamento valorativo – o princípio do equilíbrio contratual.

(ix) Novas perspectivas de atuação dos remédios conformativos. Também os remédios conformativos (assim compreendidos os remédios vocacionados à conformação de prestações cumpridas de modo imperfeito em relação ao padrão legitimamente esperado pelo credor) constituem valiosa ilustração das perspectivas de superação da taxatividade das hipóteses de incidência dos remédios ao inadimplemento contratual. A mesma sorte de raciocínio subjacente à expansão do espectro de incidência do remédio revisional justifica que o cabimento dos remédios conformativos seja estendido para outras hipóteses fáticas funcionalmente similares para as quais a legislação não tenha previsto de modo expresso a incidência de remédios como o reparo, a reexecução e a substituição. Tal conclusão traduz corolário não apenas da adoção de uma perspectiva analógica e funcional no processo de interpretação-aplicação do direito, mas também do reconhecimento de que os remédios conformativos constituem autêntica promoção da tutela específica, cuja primazia tem sido de longa data proclamada pela doutrina nacional.

As proposições conclusivas ora enunciadas não pretendem esgotar os inúmeros questionamentos subjacentes ao estudo dos remédios ao inadimplemento contratual. Afinal, como já se pôde advertir, a presente tese não almejou, sequer remotamente, apresentar uma sistematização rígida ou exaustiva dos remédios ao inadimplemento, mas tão somente investigar a possibilidade de revisitação de um dos tantos aspectos relevantes para o seu regime jurídico – o espectro de incidência dos remédios ao inadimplemento. Como se buscou demonstrar, a investigação da possibilidade de expansão das hipóteses de incidência traduz autêntico corolário da assunção da imprescindibilidade do raciocínio analógico e da adoção de uma perspectiva remedial em matéria contratual, com vistas à superação das dúvidas e dificuldades com as quais se depara o intérprete-aplicador do direito diante do fragmentário tratamento dispensado pela legislação aos remédios ao inadimplemento. Espera-se, ao final do percurso ora trilhado, que o presente estudo possa fornecer subsídios para a constante renovação e aperfeiçoamento da

inarredável busca pelo "*giusto rimedio*" a ser acionado para a tutela do interesse do credor frustrado pelo descumprimento contratual imputável ao devedor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2004.

_____. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Volume VI, Tomo II (arts. 472 a 480). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 14, p. 20-26, abr.-jun./1995.

ALBORNOZ, María Mercedes; MARTÍN, Nuria González. Towards the uniform application of party autonomy for choice of law in international commercial contracts. *Journal of Private International Law*, vol. 12, n. 3, p. 437-465, 2016.

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n. 4, p. 572-581, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos*. Volume IV. Coimbra: Almedina, 2014.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao direito comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1965.

AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAUJO, Nadia de. *Contratos internacionais*: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ARAUJO, Nadia de; SALDANHA, Fabiola I. Guedes de C. Recent Developments and Current Trends on Brazilian Private International Law Concerning International Contracts. *Panorama of Brazilian Law*, vol. 1, n. 1, p. 73-83, 2013.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. *Revista CEJ*, n. 25, p. 59-69, abr.-jun./2004.

ASTUTI, Guido. Contratto: I – Storia: b) diritto intermedio. In: CALASSO, Francesco (Coord.). *Enciclopedia del diritto*. Vol. IX. [Milano]: Giuffrè, 1961.

ATIYAH, Patrick Selim. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. New York: Oxford Clarendon Press, 1979.

AURELLI, Arlete Inês. Medidas executivas atípicas no Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 307, set./2020.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: 2004.

_____. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (*diretto da*). *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. VI (intervalo *dit-fall*). 3. ed. Torino: UTET, 1960.

_____. *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. VII (intervalo *fals-go*). 3. ed. Torino: UTET, 1961.

_____. *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. XIII (intervalo *pet-proc*). Torino: UTET, 1966.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Resolução do contrato por onerosidade excessiva no direito civil e comercial. In: COELHO, Fábio Ulhoa; TEPEDINO, Gustavo; LEMES, Selma Ferreira (Coord.). *A evolução do direito no século XXI*. Seus princípios e valores – ESG, liberdade, regulação, igualdade e segurança jurídica. Homenagem ao Professor Arnoldo Wald. Volume 2. São Paulo: Editora IASP, 2022.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, n. 750, p. 113-120, abr./1998.

AZZARITI, Gaetano; BATTAGLINI, Ernesto; SANTORO-PASSARELLI, Francesco (*diretta da*). *Enciclopedia Forense*. Vol. III (intervalo *d-g*). Milano: Francesco Vallardi, 1958.

_____. *Enciclopedia Forense*. Vol. III (intervalo *d-g*). Milano: Francesco Vallardi, 1958.

_____. *Enciclopedia Forense*. Vol. V (intervalo *n-p*). Milano: Francesco Vallardi, 1960.

BALDUS, Christian. Interpretação histórica e comparativa no direito privado comunitário: da concreção da "falta insignificante de conformidade com o contrato". Trad. Bernardo Becker Fonatana. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 72, p. 235-262, out.-dez./2009.

BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015.

BAR, Christian von; CLIVE, Eric; SCHULTE-NÖLKE, Hans (Orgs.). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Munich: Sellier, 2009.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coords.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009.

BARCELLONA, Mario. Equilibrio contrattuale e abuso del diritto. In: MAZZAMUTO, Salvatore (Coord.). *Le tutele contrattuali e il diritto europeo*. Scritti per Adolfo di Majo. Napoli: Jovene, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2020.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. Comentário ao artigo 1º, inciso IV. Os valores sociais da livre-iniciativa. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

BARKER, Kit. Rescuing Remedialism in Unjust Enrichment Law: Why Remedies are Right. *Cambridge Law Journal*, vol. 57, n. 2, p. 301-327, 1998.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *Revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

_____. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 4, p. 160-175, jul.-dez.1996.

BASEDOW, Jürgen. Uniform law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. In: *Uniform Law Review / Revue de Droit Uniforme*, vol. V, p. 129-139, 2000-1.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Vícios redibitórios. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. *Revista de Processo*, vol. 60, out./1990.

BENEDUZI, Renato Resende. De concurrentibus actionibus *e o concurso de demandas*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

BENETI, Ana Carolina. A Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) e a questão do direito do consumidor. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TRIPODI, Leandro (Coords.). *A CISG e o Brasil*: Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. Brazil and the CISG: a question of legal certainty. *Internationales Handelsrecht*, vol. 15, n. 3, p. 98-101, 2015.

_____. First CISG decision in Brazil: Brazilian courts take the first steps towards application of the CISG. *Internationales Handelsrecht*, vol. 18, n. 1, p. 8-11, 2018.

BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil*: uma análise da omissão de informações. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BESSONE, Darcy. *Do contrato*: teoria geral. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BESSONE, Mario. Dogma della volontà, principio di buona fede e integrazione del contratto. In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario; ROPPO, Enzo. *Rischio contrattuale e autonomia privata*. Napoli: Jovene, 1982.

BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione. Volume 1. Milano: Giuffrè, 1953.

_____. *Teoria geral das obrigações*. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005.

_____. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda, 2008.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Volume IV. 8. ed. Atual. Achilles Beviláqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1950.

_____. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

_____. *Direito das obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1931.

BIANCA, C. Massimo; PATTI, Guido; PATTI, Salvatore. *Lessico di Diritto Civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1995.

BIRKS, Peter. Adjucation and interpretation in the common law: a century of change. *Legal Studies*, vol. 14, n. 2, p. 156-179, jul./1994.

_____. Three Kinds of Objection to Discretionary Remedialism. *Western Australian Law Review 1*, vol. 29, p. 1-17, 2000.

BITETTO, Anna. *Inadempimento contrattuale*: danni e rimedi opzionali. Milano: Giuffrè, 2013.

BLENGIO, Juan E. ¿Hacia uma contratación más equilibrada y justa? Crónica de algunos remédios generales al desequilíbrio de la relación contractual. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 29, p. 151-177, jan.-mar./2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BORGES, Marcus Vinícius Motter. Incorporação imobiliária. In: BORGES, Marcus Vinícius Motter (Coord.). *Curso de direito imobiliário brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 218.

BORISOVA, Bojidara. Freedom of contract: Remarks on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement Article 6 of the CISG. In: FELEMEGAS, John (Org.). *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BORNEMANN, Ludwig. *Leistungshandlung und Leistungserfolg*. Göttingen: Saarbrücker, 1929.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Função social dos contratos, lei da liberdade econômica e o coronavírus. *Consultor Jurídico*, 30/3/2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/direito-civil-atual-funcao-social-contratos-lei-liberdade-economica-coronavirus. Acesso em 23/8/2022.

BRUGI, Biagio. Risoluzione legale di una vendita di merci da consegnare a più riprese. *Rivista di Diritto Commerciale, Industriale e Marittimo*, 1905, vol. III, *parte seconda*, p. 285-289, 1905.

BUCKLEY, Francis H. (Coord.). *The Fall and Rise of Freedom of Contract*. Durham-London: Duke University Press, 1999.

BUNAZAR, Maurício. *A invalidade do negócio jurídico*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BUSNELLI, Francesco Donato. *La lesione del credito da parte di terzi*. Milano: Giuffrè, 1964.

BYDLINSKI, Franz. *System und Prinzipen des Privatrechts*. 1996. Reimpressão. Wien: Verlag Österreich, 2013.

CABRAL, Antonio. Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual. *Civil Procedure Review*, vol. 12, n. 2, p. 69-102, maio-ago./2021.

CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review*, vol. 85, n. 6, p. 1.089-1.128, 1972.

CALASSO, Francesco. *Il negozio giuridico*: lezioni di storia del diritto italiano. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1959.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. O princípio da vulnerabilidade do consumidor. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CALLIESS, Gralf-Peter. Die Zukunft der Privatautonomie. Zur neueren Entwicklung eines gemeineuropäischen Rechtsprinzips. In: JUD, Brigitta *et alii* (*Hrsg*.). *Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2000*. Prinzipien des Privatrechts und Rechtsvereinheitlichung. Stuttgart: Richard Boorberg, 2001.

CALMON DE PASSOS, J. J.. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*, vol. 102, p. 55-67, abr.-jun./2001.

CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. Liberdades de precificação e de pactuação. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Org.). *Comentários à Lei da Liberdade Econômica*: Lei 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung". *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 200, n. 3, p. 273-364, 2000.

CAPITANT, Henri. *Introduction à l'étude du droit civil*: notions générales. 5. éd. Paris: A. Pedone, [1929].

CARNAÚBA, Daniel; DIAS, Daniel; REINIG, Guilherme Henrique Lima. O coronavírus e a impossibilidade de cumprimento das obrigações nas relações de consumo. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta (Coord.). *Coronavírus e responsabilidade civil*: impactos contratuais e extracontratuais. Indaiatuba: Foco, 2020.

CARRESI. *Recensione a* SCOGNAMIGLIO, Renato. Contributo alla teoria del negozio giuridico. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, a. VI, p. 479-495, 1952.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*. Tomo I. 4. ed. Atual. José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

_____. *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*. Tomo II. 4. ed. Atual. José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado*. Volume XIV: direito das obrigações (arts. 1.037-1.078). 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

_____. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente no ponto de vista prático*. Volume XV. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

_____. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente no ponto de vista prático*. Volume XVI. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

CARVALHO, Jorge Morais. Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro – apresentação geral. In: CARVALHO, Jorge Morais; CRISPIM, Inês; SILVA, Maria Miguel Oliveira da; FARINHA, Martim. *Diretivas 2019/770 e 2019/771 e Decreto-Lei n.º 84/2021*: compra e venda, fornecimento de conteúdos e serviços digitais, conformidade, sustentabilidade e dados pessoais. Coimbra: Almedina, 2022.

_____. Diretivas 2019/770 e 2019/771 e o seu impacto no direito português. In: CARVALHO, Jorge Morais; CRISPIM, Inês; SILVA, Maria Miguel Oliveira da; FARINHA, Martim. *Diretivas 2019/770 e 2019/771 e Decreto-Lei n.º 84/2021*: compra e venda, fornecimento de conteúdos e serviços digitais, conformidade, sustentabilidade e dados pessoais. Coimbra: Almedina, 2022.

CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte: Fórum, vol. 14, p. 99-125, out./dez. 2017.

CASTRONOVO, Carlo. L'avventura delle clausole generali. *Rivista Critica del Diritto Privato*, a. IV, p. 21-30, mar./1986.

CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CEDRAS, Jean. L'obligation de négocier. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, n. 2, p. 265-290, 1985.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Volume I. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969.

CHIRONI, Giampietro P. *Istituzioni di diritto civile italiano*. Tomo I. 2. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1912.

CODELLA, Maddalena. *Le sopravvenienze contrattuali*: profili di diritto interno e comparato. Tese (*Dottorato di ricerca in comparazione e diritti della persona*) – Dipartimento di Diritti della Persona e Comparazione, Università degli studi del Salerno, [2012], p. 14. Disponível no Arquivo Aberto da Universidade de Salerno: http://elea.unisa.it/handle/10556/278. Acesso em 14/10/2021.

COELHO, A. Ferreira. *Codigo Civil dos Estados Unidos do Brasil comparado, commentado e analysado*. Rio de Janeiro: Jornal do Brasil, 1920.

COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato*: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

COLANGELO, Giuseppe. L'abuso di dipendenza econômica. In: ALPA, Guido Alpa; CAPILLI, Giovanna (*raccolte da*). *Lezioni di diritto privato europeo*. Padova: CEDAM, 2007.

COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours élémentaire de droit civil français*. *Tome Deuxième*. 4. éd. Paris: Dalloz, 1924.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de direito comparado*: introdução ao direito comparado. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2007.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. 3. reimpr. Coimbra: Almedina, 2014.

COSTANZA, Mario. Meritevolezza degli interessi ed equilíbrio contrattuale. *Contratto e Impresa*, a. 3, n. 1, p. 423-433, 1987.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010.

D'AMELIO, Mariano (*a cura di*). *Nuovo Digesto Italiano*. Vol. V (intervalo *dis-fil*). Torino: UTET, 1938.

D'AMELIO, Mariano (*a cura di*). *Nuovo Digesto Italiano*. Vol. VI (intervalo *fin-inten*). Torino: UTET, 1938.

D'AMELIO, Mariano (*a cura di*). *Nuovo Digesto Italiano*. Vol. X (intervalo *pos-reb*). Torino: UTET, 1939.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5. ed. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

de ESPINOLA, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações*: obrigações solidárias e indivisíveis. Atual. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005.

DELAMUTA, Maria Beatriz Rizzo. *Convenção de Viena e resolução contratual*. São Paulo: Almedina, 2022.

DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général*. *Tome I*. Paris: Arthur Rousseau, 1923.

DIAS, Antônio Pedro Medeiros. *Revisão e resolução do contrato por excessiva onerosidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

DIAS, Daniel. Impossibilidades objetiva e subjetiva da prestação: controvérsia e imprecisões. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 29, p. 173-205, out.-dez./2021.

_____. *Mitigação de danos na responsabilidade civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Volume 5: execução. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Tomo IV. Cizur Menor: Aranzadi, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Tratado teórico e prático dos contratos*. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 1993.

DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*. *Tome I*. *Seconde Édition*. Paris: Pierre Auboüin, 1697.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

EHRHARDT JR., Marcos. *Revisão contratual*: a busca pelo equilíbrio negocial diante da mudança de circunstâncias. Salvador: JusPodivm, 2008.

ENDERLEIN, Wolfgang. *Rechtspaternalismus und Vertragsrecht*. München: C. H. Beck, 1996.

ENNECCERUS, Ludwig. In: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil*. Tomo II: Derecho de Obligaciones. Volume I. Trad. Blas Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1947.

EPSTEIN, Richard A. Contracts Small and Contract Large: Contract Law through the Lens of Laissez-Faire. In: BUCKLEY, Francis H. (Coord.). *The Fall and Rise of Freedom of Contract*. Durham-London: Duke University Press, 1999.

FACCHINI NETO, Eugênio. *Code civil* francês: gênese e difusão de um modelo. *Revista de Informação Legislativa*, a. 50, n. 198, p. 59-88, abr./jun. 2013.

FACHIN, Luiz Edson. CISG, Código Civil e Constituição brasileira: paralelos congruentes sob os deveres de conformidade das mercadorias. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TRIPODI, Leandro (Coords.). *A CISG e o Brasil*: Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. *Direito civil*: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Normas trabalhistas na legalidade constitucional: princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da isonomia substancial. In: TEPEDINO, Gustavo *et alii* (Coords.). *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FAJNGOLD, Leonardo. Um alerta para a contratação na atualidade: o choque entre a manutenção das condições pactuadas individualmente e o equilíbrio do sistemas nas redes contratuais. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Princípios contratuais aplicados*: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência. Indaiatuba: Foco, 2019.

FERRARA, Luigi Cariota. *El negocio jurídico*. Trad. Maniel Albaladejo. Madrid: Aguilar, 1956.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FERRAZ, Patrícia Sá Moreira de Figueiredo. *A onerosidade excessiva na revisão e extinção dos contratos*: a concorrência na aplicação da regra dos arts. 317 e 478 do Código Civil vigente. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

FERREIRA, Antonio Carlos. Revisão judicial de contratos: diálogo entre a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 1, p 27-39, out.-dez./2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 4. ed. Atual. Margarida dos Anjos, Marina Baird Ferreira *et alii*. Curitiba: Positivo, 2009.

FERRI, Giovanni B. Dalla clausola ‘rebus sic stantibus’ alla risoluzione per eccessiva onerosità. *Quadrimestri*: Rivista di Diritto Privato, n 1, 1988.

FERRI, Luigi. Nozione giuridica di autonomia privata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, a. XI, 1957.

FONSECA, Patricia Galindo da. *Direito do consumidor*. Niterói: Eduff, 2017.

FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios jurídicos II – alteração do art. 113 do Código Civil: art. 7º. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Org.). *Comentários à Lei da Liberdade Econômica*: Lei 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____. *Contratos empresariais*: teoria geral e aplicação. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

FOUILLÉE, Alfred. *La science sociale contemporaine*. 2. éd. Paris: Hachette, 1885.

FRADERA, Véra Jacob de. A saga da uniformização da compra e venda internacional: da *lex mercatoria* à Convenção de Viena de 1980. In: FRADERA, Véra Jacob de; MOSER, Luiz Gustavo Meir (Org.). *A compra e venda internacional de mercadorias*: estudos sobre a Convenção de Viena de 1980.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. As diretivas da Comunidade Européia: elementos para uma teoria geral. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 37, p. 7-26, out.-dez./2001.

FRANÇA, R. Limongi. Das formas de expressão do direito. In: MENDES. Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Org.). *Doutrinas Essenciais*. Direito Civil. Parte Geral. Volume 1: Teoria Geral do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FRIEDMAN, Barry. When Rights Encounter Reality: Enforcing Federal Remedies. *Southern California Law Review*, vol. 65, p. 735-780, 1992.

FRIEDMANN, Daniel. Rights and Remedies. In: COHEN, Nili; MCKENDRICK, Ewan (Orgs.). *Comparative Remedies for Breach of Contract*. Pittsburgh: Hart, 2005.

FRITZ, Karina Nunes. Revisão contratual e quebra da base do negócio. *Direito UNIFACS – Debate Virtual*, n. 247, p. 1-24, 2021.

FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Por um novo método hermenêutico?. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCO, Maria Cristina De; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (Coord.). *Direito civil na legalidade constitucional*: algumas aplicações. Indaiatuba: Foco, 2021.

FUX, Luiz. O novo processo civil. *Revista do TST*, vol. 80, n. 4, p. 264-290, out.-dez./2014.

GABRIELLI, Enrico. Rimedi giudiziali e adeguamento del contenuto del contrato alle mutate circostanze di fatto. In: *Contratto, mercato e procedure concorsuali*. Torino: G. Giappichelli, 2006.

GALLO, Paolo. *Introduzione al diritto comparato*. Volume I. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2001.

GAMA JR., Lauro. *Contratos internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004*: *soft law*, arbitragem e jurisdição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GAMA, Lauro. Uma breve história do *hardship* – da *clausula rebus* medieval aos direitos nacionais; da nova *lex mercatoria* e Princípios do UNIDROIT (1994) ao seu efeito harmonizador nas legislações nacionais modernas. In: COELHO, Fábio Ulhoa; TEPEDINO, Gustavo; LEMES, Selma Ferreira (Coord.). *A evolução do direito no século XXI*. Seus princípios e valores – ESG, liberdade, regulação, igualdade e segurança jurídica. Homenagem ao Professor Arnoldo Wald. Volume 2. São Paulo: Editora IASP, 2022.

GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro*: função e estrutura. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Rio de Janeiro, 2013.

GAROFALO, Andrea Maria. La causa del contrato tra meritevolezza degli interessi ed equilíbrio dello scambio. *Rivista di Diritto Civile*, a. LVIII, n. 2, p. 573-614, mar.-abr./2012.

GENY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*: essai critique. *Tome Second*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954.

GIARDINA, Francesca. Capitolo terzo: La distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. In: VISINTINI, Giovanna. *Trattato della responsabilità contrattuale* (*diretto da*). *Volume Primo*: inadempimento e rimedi. Padova: CEDAM, 2009.

GILMORE, Grant. *The Death of Contract*. Columbus: Ohio State University Press, 1974.

GIORGIANNI, Michele. *L'inadempimento*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1975.

GOFF, Jacques Le. *Must we divide history into periods?*. New York: Columbia University Press, 2015.

GOMES, Orlando. Autonomia privada e negócio jurídico. In: *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

_____. *Contratos*. 26. ed. Atual. Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Dívidas pecuniárias e dívidas de valor. In: *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

_____. Influência da inflação nos contratos. In: *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

_____. *Introdução ao direito civil*. 21. ed. Atual. Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. Introdução ao problema da revisão dos contratos. In: *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

_____. *Obrigações*. 16. ed. Atual. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GONDINHO, André Osorio. Codificação e cláusulas gerais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 2, p. 3-25, abr.-jun./2000.

GOUNOT, Emmanuel. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*: contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique. Paris: Arthur Rousseau, 1912.

GRANDI, Dino. Relazione ala Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Grandi) presentata nell'udienza del 16 marzo 1942-XX per l'approvazione del testo del 'Codice Civile'. In: *Codice Civile*: Texto e Relazione Ministeriale. Roma: Istituto Poligrafico dello Stato, 1943.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

GRAU, Eros Roberto. Comentário ao artigo 170, *caput*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Cláusula penal em temos de pandemia. *Migalhas*, 16/6/2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-

responsabilidade-civil/328983/clausula-penal-em-tempos-de-pandemia. Acesso em 21/10/2021.

_____. Responsabilidade civil no direito imobiliário. In: BORGES, Marcus Vinícius Motter (Coord.). *Curso de direito imobiliário brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MORAES, Maria Celina Bodin de; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Coord.). *Direito das garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017.

GUERCHON, Dan. Independência dos princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual e as dificuldades enfrentadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Princípios contratuais aplicados*: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência. Indaiatuba: Foco, 2019.

GUILLOIS, Antoine. *Napoléon*: l'homme, le politique, l'orateur. *Tome Deuxième*. Paris: Didier, 1889.

HAICAL, Gustavo. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever lateral advindo da boa-fé objetiva. *Revista dos Tribunais*, vol. 900, p. 45-84, out./2010.

HARRIS, Donald; CAMPBELL, David; HALSON, Roger. *Remedies in Contract & Tort*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

HEDEMANN, J. W. *Derecho de obligaciones*. Vol. III. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

HEISS, Helmut. Party Autonomy. In: FERRARI, Franco; LEIBLE, Stefan (Orgs.). *Rome I Regulation*: the law applicable to contractual obligations in Europe. München: Sellier, 2009.

HENKEL, Heinrich. *Einführung in die Rechtsphilosophie*. München: C. H. Beck, 1997.

HESSELINK, Martijn W. *The Politics of a European Civil Code*. In: HESSELINK, Martijn W (Org.). *The Politics of a European Civil Code*. The Hague: Kluwer Law International, 2006.

HOWES, Frederico Falarz; BERGSTEIN, Laís; MELO, Marcelo Tayah de; SILVA, Micheline Criz da; KRETZMANN, Renata. O risco da atividade como fundamento do dever de compensar o tempo perdido pelo consumidor e o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário Univel*, vol. 3, n. 1, p. 67-93, dez./2019.

IRTI, Natalino. "L'età della decodificazione" vent'anni dopo. In: *L'età della decodificazione*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

IRTI, Natalino. L'età della decodificazione. *Diritto e Società*, n. 4, p. 613-639, 1978.

_____. L'età della decodificazione. In: *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1979.

JANSEN, Letácio. *A face legal do dinheiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

_____. *A moeda nacional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

JOSSERAND, Louis. Considerazioni sul contratto "regolato". *Archivio Giuridico "Filippo Serafini"*. *Quarta Serie*, vol. XXVIII, 1934.

_____. La "publicisation" du contrat. In: *Introduction a l'étude du droit comparé*: recueil d'etudes en l'honneur d'Edouard Lambert. *Cinquième Partie*: Le droit comparé

comme science sociale. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1938. Reimpressão. *Introduction a l'étude du droit comparé*: recueil d'etudes en l'honneur d'Edouard Lambert. *Tome III*. Glaushütten im Taunus: Detlev Auvermann, 1973.

_____. Le contrat dirigé. *Recueil Hebdomadaire de Jurisprudence*: en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public. Paris: Dalloz, p. 89-92, 1933.

KEGEL, Gerhard; RUPP, Hans; ZWEIGERT, Konrad. *Die Einwirkung des Krieges auf Verträge*: in der Rechtsprechung Deutschlands, Frankreichs, Englands und der Vereinigten Staaten von Amerika. Berlin: Walter de Gruyter, 1941.

KLEINHEISTERKAMP, Jan. Art. 1.1 (Freedom of contract). In: VOGENAUER, Stefan; KLEINHEISTERKAMP, Jan (Orgs.). Oxford: Oxford University Press, 2009.

KLENCKE, Hermann. *Die clausula rebus sic stantibus in der Rechtsprechung des Reichsgerichts*. Göttingen: Kaestner, 1911.

KÖBLER, Gerhard. *Juristisches Wörterbuch*: für Studium und Ausbildung. 15. ed. München: Franz Vahlen, 2012.

KÖBLER, Ralf. *Die ‚clausula rebus sic stantibus' als allgemeiner Rechtsgrundsatz*. Tübingen: Mohr, 1991.

KOLLERT, Ana Maria Cortés *et alii*. *Langenscheidt Taschenwörterbuch Portugiesisch*. Berlin: Langenscheidt, 2011, p. 303.

KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos iniciais sobre a contingencialidade dos institutos de direito civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coords.). MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Org.). *Direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

_____. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 50, p. 217-236, abr.-jun./2012.

_____. Direitos fundamentais e relações privadas: o exemplo da distinção por gênero nos planos de previdência complementar. *Interesse Público*, a. 18, n. 99, p. 47-66, set.-out./2016.

_____. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, vol. 60, n. 1, p. 193-213, jan.-abr./2015.

_____. Erro, dolo e coação: autonomia e confiança na celebração dos negócios jurídicos. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leita (Coord.). *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

_____. Para além da "principialização" da função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 13, p. 39-59, jul.-set./2017.

_____. Questões atuais da conexão entre contratos. In: COELHO, Fábio Ulhoa; TEPEDINO, Gustavo; LEMES, Selma Ferreira (Coord.). *A evolução do direito no século XXI*. Seus princípios e valores – ESG, liberdade, regulação, igualdade e segurança jurídica. Homenagem ao Professor Arnoldo Wald. Volume 2. São Paulo: Editora IASP, 2022.

_____. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 99, p. 101-123, maio-jun./2015.

KONDER, Carlos Nelson; COBBETT, Luccas Goldfarb. A função social do contrato após a Lei de Liberdade Econômica. *Revista Brasileira de Direito Contratual*, n. 7, p. 5-22, abr.-jun./2017.

KONDER, Carlos Nelson; GLATT, Michel. Critérios de interpretação das cláusulas compromissórias: usos e costumes, boa-fé e circunstâncias. In: BARBOZA, Heloisa Helena (Coord.). *20 anos do Código Civil*: perspectivas presentes e futuras. Rio de Janeiro: Processo, 2022.

KONDER, Carlos Nelson; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. A contratualização do fortuito: reflexões sobre a alocação negocial do risco de força maior. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*: pressupostos, evolução e remédios. Volume II. Rio de Janeiro: Processo, 2021.

_____. O conceito jurídico de hipervulnerabilidade é necessário para o direito?. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). *Gênero, vulnerabilidade e autonomia*: repercussões jurídicas. Indaiatuba: Foco, 2020.

KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. *Civilistica.com*, a. 1, n. 2, p. 1-24, 2012.

KONDER, Carlos Nelson; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. O equilíbrio contratual nas locações em *shopping center*: controle de cláusulas abusivas e a promessa de loja âncora. *Scientia Iuris*, vol. 20, n. 3, p. 176-200, nov./2016.

KRAMER, Ernst A. *Die „Krise" des liberalen Vertragsdenkens*. München: Wilhelm Fink, 1974.

KUYVEN, Fernando; PIGNATTA, Francisco Augusto. *Comentários à Convenção de Viena*: compra e venda internacional de mercadorias. São Paulo: Saraiva, 2015.

LACOUR-GAYET, G. *Napoléon*: sa vie, sa ouvre, son temps. Paris: Hachette, 1921.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

_____. *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*: die Bedeutung ‚veränderter Umstände' im Zivilrecht. München: C. H. Beck, 1951.

_____. *Lehrbuch des Schuldrechts. I. Band*: Allgemeiner Teil. 8. ed. München: C. H. Beck, 1967.

_____. *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012.

_____. *Richtiges Recht*: Grundzüge einer Rechtsethik. München: C. H. Beck, 1979.

LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. München: C. H. Beck, 1997.

LAYCOCK, Douglas. *How Remedies Became a Field: A History*. *The Review of Litigation*, vol. 27, n. 2, p. 161-267, 2008.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, vol. I. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

LEME, Lino de Morais. *Direito civil comparado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1962.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Codificação do Direito Civil no século XXI: de volta para o futuro? (parte 1). *Consultor Jurídico*, 4/4/2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-abr-04/codificacao-direito-civil-seculo-xxi-volta-futuro-parte. Acesso em 31/1/2020.

LINDAO, Indira Johana Díaz. El control del equilíbrio económico y originario del contrato. Entre la justicia contractual y la justicia distributiva. In: VILLAREAL, Martha Lucía Neme (Coord.). *Autonomía privada*: perspectivas del derecho contemporâneo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

LIPARI, Nicolò. On Abuse of Rights and Judicial Creativity. *The Italian Law Journal*, vol. 3, n. 1, p. 55-74, 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Código Civil*. Volume 6. São Paulo: Saraiva, 2003.

LÔBO, Paulo. Contratante vulnerável e autonomia privada. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Coord.). *Direito & Justiça Social*: por uma sociedade mais justa, livre e solidária – estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza. São Paulo: Atlas, 2013.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. O uso abusivo das falácias no processo penal brasileiro. *Consultor Jurídico*, 9/8/2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-ago-09/limite-penal-uso-abusivo-falacias-processo-penal-brasileiro. Acesso em 29/8/2022.

LOPES, Christian Sahb Batista. A quantificação da indenização e operações substitutivas na compra e venda de mercadorias: a CISG e o direito brasileiro. In: KULESZA, Gustavo Santos; MOREIRA, Rodrigo. *Direito contratual e Convenção de Viena (CISG)*. São Paulo: Almedina, 2021.

_____. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil*. Volume 7. São Paulo: Saraiva, 2003.

LORENZ, Stephan. *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag*. München: C. H. Beck, 1997.

LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUPOI, Maurizio. Il dolo del debitore: '*dolus*' e '*fraud*': dal diritto romano all'*equity* inglese. In: VISINTINI, Giovanna (Coord.). *Trattato della responsabilità contrattuale*. Volume I: inadempimento e rimedi. Padova: CEDAM, 2009.

LÜTTRINGHAUS, Jan D. Verhandlungspflichten bei Störung der Geschäftsgrundlage: ein Beitrag zur Dogmatik und Durchsetzung von Anpassungsanspruch und Verhandlungspflichten nach § 313 Abs. 1 BGB. *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 213, p. 266-298, 2013.

_____. *Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Europäischen Binnenmarkt*: die Verbürgung und Materialisierung unionaler Vertragsfreihet im Zusammenspiel von EU-Privatrecht, BGB und ZPO. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018.

MACARIO, Francesco. I rimedi manutentivi: l'adeguamento del contratto e la rinegoziazione. In: ROPPO, Vincenzo (*a cura di*). *Trattato del contratto*. Volume V: rimedi. Milano: Giuffrè, 2006.

MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR., Hermes. Formalismo-valorativo e o novo processo civil. *Revista de Processo*, vol. 272, p. 85-125, out./2017.

MAGNUS, Ulrich. Comparative editorial remarks on the provisions regarding good faith in CISG Article 7(1) and the UNIDROIT Principles Article 1.7. In: FELEMEGAS, John (Org.). *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

MAGRI, Geo. Rinegoziazione e revisione del contratto. Tribunale di Roma, Sez. vi, 27 agosto 2020. *Revista de Derecho Privado*, n. 41, p. 397-418, jul.-dez./2021.

MAIELLO, Paola. Artt. 1.467 [verbete]. In: CENDON, Paolo (*diretto da*). *Commentario al Codice Civile*. Torino: UTET, 1991.

MAINE, Henry Sumner. *Ancient Law*: its connection with the early history of society and its relation to modern ideas. 11. ed. London: John Murray, 1887.

MAJO, Adolfo di. Clausole generali e diritto delle obbligazioni. *Rivista Critica del Diritto Privato*, a. II, n. 3, p. 539-571, set./1984.

_____. La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processuale. *Rivista Critica del Diritto Privato*, a. VII, n. 3, p. 363-392, set./1989.

_____. *Le tutele contrattuali*. Torino: G. Giappichelli, 2009.

MALOMO, Anna. Interferenze tra ragionevolezza, proporzionalità ed equità in tema di autonomia negoziale. In: PERLINGIERI, Giovanni; FACHECHI, Alessia (*a cura di*). *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporâneo*. Tomo II. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.

MANENTI, Carlo. Della così detta condizione resolutiva sottintesa dell'art. 1165 in rapporto ala teoria generale dei contratti secondo il nostro codice civile. *Rivista di Diritto Civile*, a. IV, p. 145-186, 1912.

MANSUR, Rafael. Execução pelo equivalente pecuniário: tutela do credor frente ao inadimplemento absoluto de obrigações negociais. *Migalhas*, 9/11/2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/336009/execucao-pelo-equivalente-pecuniario--tutela-do-credor-frente-ao-inadimplemento-absoluto-de-obrigacoes-negociais. Acesso em 30/8/2022.

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.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 51, p. 34-67, jul.-set./2004.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações*. Parte especial: contratos (compra e venda, locação, empreitada). 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale). In: *Diretrizes teóricas do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*, a. 7, n. 25, p. 11-39, abr.-jun./2010.

_____. Dano moral à brasileira. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, a. 3, n. 9, p. 7.073-7.122, 2014.

_____. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Volume V, Tomo I (arts. 304 a 388). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao novo Código Civil. Volume V, Tomo II (arts. 389 a 420). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith; SILVA, Paula Costa e. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação*: estudo de direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

MATTIETTO, Leonardo. O princípio do equilíbrio contratual. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado Rio de Janeiro*, vol. 64, p. 183-191, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MAZZAMUTO, Salvatore; PLAIA, Armando. *I rimedi nel diritto privato europeo*. Torino: G. Giappichelli, 2012.

MEDINA, Barak. Renegotiation, 'Efficient Breach' and Adjustment: The Choice of Remedy for Breach of Contract as a Choice of a Contract-Modification Theory. In: COHEN, Nili; MCKENDRICK, Ewan (Coords.). *Comparative Remedies for Breach of Contract*. Oxford-Portland: Hart, 2005.

MEDINA, Francisco Sabadin. *Compra e venda de coisa incerta no direito civil brasileiro*: uma análise do dever do vendedor no Código Civil de 2002. Tomo I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

_____. *Compra e venda de coisa incerta no direito civil brasileiro*: uma análise do dever do vendedor no Código Civil de 2002. Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELÉNDEZ, Miguel Ángel Pendón. Art. 1.1. In: HERRERA, Lucía Alvarado *et alii*. *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*. 2. ed. Navarra: Thomson Aranzadi, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELO, Diogo L. Machado de. *Culpa extracontratual*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENCK, José Theodoro Mascarenhas (Org). *Código Civil Brasileiro no debate parlamentar*: elementos históricos da elaboração da Lei nº 10.406, de 2002. Volume 1: audiências públicas e relatórios (1975-1983). Brasília: Câmara dos Deputados, 2012.

MESSINEO, Francesco. Contratto: II – Diritto privato. In: CALASSO, Francesco (Coord.). *Enciclopedia del diritto*. Vol. IX. [Milano]: Giuffrè, 1961.

MESSINETTI, Davide. La sistematica rimediale. In: MAZZAMUTO, Salvatore (Coord.). *Le tutele contrattuali e il diritto europeo*: scritti per Adolfo di Majo. Napoli: Jovene, 2012.

MINAMI, Marcos Youji. Da vedação ao *non factibile*: uma justificativa às medidas executivas atípicas. *Revista de Processo*, vol. 288, p. 181-208, fev./2019.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MIRAGEM, Bruno. *Direito civil*: direito das obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. *Direito civil*: direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *A nova crise do contrato*: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; LORENZETTI, Ricardo Luis; CARVALHO, Diógenes Faria de; MIRAGEM, Bruno. *Contratos de serviços em tempos digitais*: contribuição para uma nova teoria geral dos serviços e princípios de proteção dos consumidores. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MIRAGEM, Bruno; PETERSEN, Luiza. *Direito dos seguros*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MOMMSEN, Friedrich. *Beiträge zum Obligationenrecht*. *Erste Abteilung: die Unmöhlichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse*. Braunschweig: Schetschke, 1853.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. Alocação de riscos contratuais entre a Lei de Liberdade Econômica e a boa-fé objetiva. In: COELHO, Fábio Ulhoa; TEPEDINO, Gustavo; LEMES, Selma Ferreira (Coord.). *A evolução do direito no século XXI*. Seus princípios e valores – ESG, liberdade, regulação, igualdade e segurança jurídica. Homenagem ao Professor Arnoldo Wald. Volume 2. São Paulo: Editora IASP, 2022.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme. Fontes e evolução do princípio do equilíbrio contratual. *Pensar*, vol. 21, n. 2, p. 389-410, maio-ago./2016.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das obrigações. 1ª Parte. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1973.

MONTEIRO, Washington de Barros *et alii*. *Curso de direito civil*. Volume 5. 2ª parte. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, a. 17, p. 21-32, jul.-set./1993.

_____. A caminho de um direito civil-constitucional. In: *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. A causa do contrato. *Civilistica.com*, a. 2 n. 1, p. 1-24, 2013.

_____. Ampliando os direitos da personalidade. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do Século XXI. *Revista de Direito Privado*, a. 14, vol. 56, p. 11-30, out.-dez./2013.

_____. Notas sobre a promessa de doação. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. O processo civil constitucionalizado. Editorial. *Civilistica.com*, a. 5, n. 1, p. 1-4, 2016.

_____. Prescrição, efetividade dos direitos e danos à pessoa humana. Editorial a *Civilistica.com*, a. 6, n. 1, p. 1-7, 2017.

_____. Professores ou juízes? Editorial a *Civilistica.com*, a. 3, n. 2, p. 1-5, jul.-dez./2014.

_____e. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Invalidade e ineficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*, vol. 15, jul./2003.

MOREIRA, Rodrigo Cavalcante. *A resolução do contrato de longa duração pela quebra da confiança*. São Paulo: Almedina, 2021.

MORIN, Gaston. *La loi et le contrat*: la décadence de leur souveraineté. Paris: Félix Alcan, 1927.

MOURA, Bernard Potsch. *A CISG e a conformidade das mercadorias*: qualidade, quantidade e embalagem na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MURIS, Timothy J. In Defense of the Old Order. In: BUCKLEY, Francis H. (Coord.). *The Fall and Rise of Freedom of Contract*. Durham-London: Duke University Press, 1999.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Volume 3. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NANNI, Giovanni Ettore. Art. 389 [verbete]. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil*: direito privado contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. Frustração do fim do contrato: análise de seu perfil conceitual. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 23, jan.-mar./2020.

_____. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*: requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

NAPOLITANO, Marcos. Pensando a estranha história sem fim. In: KARNAL, Leandro (Org.). *História na sala de aula*: conceitos, práticas e propostas. São Paulo: Contexto, 2007.

NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NETTELBLADT, Daniel. *Systema elementare vniversae ivrisprudentiae natvralis*. *Editio Tertia*. Halae Magdebuvrgicae: Officina Libraria Rengeriana, 1767.

_____. *Systema elementare vniversae ivrisprudentiae natvralis*. *Editio Qvarta*. Halae Magdebuvrgicae: Officina Libraria Rengeriana, 1777.

_____. *Systema elementare vniversae ivrisprudentiae positivae Commvnis Imperii Romano Germanici Vsvm Fori Accommodatvm*. Halae Magdebuvrgicae: Officina Libraria Rengeriana, 1749.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*. 7 ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

_____. *Teoria geral dos contratos*. Rio de Janeiro: GZ, 2021.

NIVARRA, Luca. *I nuovi orizzonti della responsabilità contrattuale*. Torino: G. Giappicchelli, 2015.

NIVARRA, Luca. Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico? *Europa e Diritto Privato*, n. 3, p. 583-611, 2015.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OERTMANN, Paul. *Die Geschäftsgrundlage*: ein neuer Rechtsbegriff. Leipzig: Deichert, 1921.

OLIVA, Milena Donato. Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 93, p. 13-28, maio-jun./2014.

_____. Desafios contemporâneos da proteção do consumidor: codificação e pluralidade de fontes normativas. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 16, p. 15-33, abr.-jun./2018.

_____. Equilíbrio contratual e cláusulas abusivas. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana (Coords.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, vol. 137, p. 7-31, jul./2006.

OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; COSTA-NETO, João. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

OSTI, Giuseppe. Contratto. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Coord.). *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. IV. 3. ed. Torino: UTET, 1959.

_____. La così detta clausola 'rebus sic stantibus' nel suo sviluppo storico. In: *Scritti giuridici*. Tomo I. Milano: Giuffrè, 1973.

_____. La risoluzione del contrato per inadempimento: fondamento e principi generali. In: *Scritti giuridici*. Tomo I. Milano: Giuffrè, 1973.

PARADISI, Bruno (*Direttore*). *Enciclopedia Giuridica*. Vol. XII (intervalo *dog-ere*). Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, [1991].

PARADISI, Bruno (*Direttore*). *Enciclopedia Giuridica*. Vol. XV (intervalo *garanzie-impe*). Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, [1991].

PARADISI, Bruno (*Direttore*). *Enciclopedia Giuridica*. Vol. XXIV (intervalo *prelievi-proposta*). Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, [1991].

PASQUALOTTO, Adalberto. Valor e desvalor da livre-iniciativa. *Civilistica.com*, a. 8, n. 3, p. 1-29, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume I. 24. ed. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Instituições de direito civil*. Volume II. 24. ed. Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Instituições de direito civil*. Volume III. 16. ed. Atual. Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. *Instituições de direito civil*. Volume III. 19 ed. Atual. Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Instituições de direito civil*. Volume III. 20. ed. Atual. Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PERILLO, Joseph M. Interpretation of the contract: Editorial remarks on the manner in whichi the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement CISG Article 8. In: FELEMEGAS, John (Org.). *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

PERLINGIERI, Giovanni. Alla ricerca del 'giusto rimedio' in tema di certificazione energetica. A margine di un libro di Karl Salomo Zachariae. *Rassegna di Diritto Civile*, n. 2, p. 661-672, 2011.

_____. Alla ricerca del 'giusto rimedio' in tema di certificazione energetica. A margine di un libro di Karl Salomo Zachariae. *Rassegna di Diritto Civile*, n. 2, p. 661-672, 2011.

_____. Svalutazione monetaria ed eccessiva onerosità sopravvenuta. In: PERLINGIERI, Pietro; POLIDORI, Stefano (*a cura di*). *I Maestri italiani del diritto civile*: Domenico Rubino. Tomo I. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. "Controllo" e "conformazione" degli atti di autonomia negoziale. *Rassegna di Diritto Civile*, n. 1, p. 204-228, 2017.

_____. Editoriale: Una 'preoccupazione' attuale. Spigolando tra i saggi di Ludwig Raiser. *Rassegna di Diritto Civile*, a. 13, p. 253-258, 1992.

_____. Equilibrio delle posizioni contrattuali e autonomia privata. In: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato – problemi del diritto civile*. Napoli: ESI, 2003.

_____. Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, vol. 12, p. 131-151, out.-dez./2002.

_____. Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto". *Rivista di Diritto Privato*, a. XV, n. 4, p. 7-28, out.-dez./2010.

_____. Il "giusto rimedio" nel diritto civile. *Il Giusto Processo Civile*, n. 1, p. 1-23, 2011.

_____. *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*. 3. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

_____. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Camerino-Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1972.

_____. Il principio di legalità nel diritto civile. *Rassegna di Diritto Civile*, a. 31, n. 1, p. 164-201, 2010.

_____. Legal Principles and Values. *The Italian Law Journal*, vol. 3, n. 1, p. 125-147, 2017.

_____. *Manuale di diritto civile*. 5. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

_____. *Manuale di diritto civile*. 7. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.

_____. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. Regole del mercato e tutela dell'investitore: riflessioni a margine della MiFID. In: ADAMO, S.; CAPOBIANCO, Ernesto; CUCURACHI, P. (*a cura di*). *Regolamentazione del mercato finanziario e contratti con gli investitori*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010.

PERTICONE, Giacomo. Liberalismo. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Coords.). *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. IX. 3. ed. Torino: UTET, 1963.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PINO, Giorgio. I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica. In: *Diritto e questioni pubbliche*. Palermo: Università degli Studi di Palermo, 2012.

PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Volume II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*. Coimbra: Almedina 2017.

PITERMAN, Marcel. Direito e processo: tutela dos direitos e tutela jurisdicional na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica*, n. 472, p. 27-58, fev./2017.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. *Tome VI*: Obligations. *Première Parte*. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1930.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Tratado de direito privado*. Tomo VI. Atual. Otavio Luiz Rodrigues Junior *et alii*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Tratado de direito privado*. Tomo XXVI. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

_____. *Tratado de direito privado*. Tomo XXXVIII. Atual. Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

POTHIER, Robert-Joseph. *Traité des obligations*. *Tome Premier*. Paris: Debure; Orleans: Rouzeau-Montaut, 1761.

POTTER, Nelly. *Revisão e resolução dos contratos no Código Civil*: conforme perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PUGLIATTI, Salvatore. Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico. *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*, p. 13-21, 1947.

QUINELATO, João; FARIAS, João Pedro Jaquel de. O equilíbrio econômico-financeiro nos contratos celebrados com a Administração Pública. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, a. 20, n. 238, out./2021.

RAISER, Ludwig. Funzione del contratto e libertà contrattuale. In: *Il compito del diritto privato*: saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni. Trad. Marta Graziadei. Milano: Giuffrè, 1990.

_____. Il principio d'eguaglianza nel diritto privato. In: *Il compito del diritto privato*: saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni. Trad. Marta Graziadei. Milano: Giuffrè, 1990.

_____. La libertà contrattuale oggi. In: *Il compito del diritto privato*: saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni. Trad. Marta Graziadei. Milano: Giuffrè, 1990.

_____. Vertragsfreiheit heute. *Juristenzeitung*, n. 1. Tübingen: J. C. B. Mohr, p. 1-8, 5. *Jan.*/1958.

_____. Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit. In: CAEMMERER, Ernst von; FRIESENHAHN, Ernst; LANGE, Richard (Coords.). *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben*. *Band I*. Karlsruhe: Müller, p. 101-134, 1960.

RAPP, Julian. *Das Äquivalenzprinzip im Privatversicherungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 6. ed. São Paulo: 1979.

RENTERIA, Pablo. *Penhor e autonomia privada*. São Paulo: Atlas, 2016.

RESCIGNO, Pietro. Contratto: I) In generale. In: PARADISI, Bruno (Coord.). *Enciclopedia Giuridica*. Vol. XV. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, [1991].

_____. La 'forma' codice: storia e geografia di una idea. In: *Studi in onore di Piero Schelsinger*. Tomo I. Milano: Giuffrè, 2004.

RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. [s.l.]: Editoriale Scientifica, 2007.

_____. Il tempo delle clausole generali. *Rivista Critica del Diritto Privato*, n. 4, p. 709-733, 1987.

_____. *Le fonti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè, 1969.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos*: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A revisão judicial dos contratos de consumo no Brasil. In: SILVA, Jorge Bacelar Gouveia e Heraldo de Oliveira (Coord). *I Congresso Luso-Brasileiro de Direito*. São Paulo: Almedina, 2014.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier; PRADO, Augusto Cézar Lukascheck. A liberdade contratual e a função social do contrato – alteração do art. 421-A do Código Civil: art. 7º. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Org.). *Comentários à Lei da Liberdade Econômica*: Lei 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Volume 2. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROPPO, Enzo. Contratto: II) Formazione del contratto – dir. civ. In: PARADISI, Bruno (Coord.). *Enciclopedia Giuridica*. Vol. XV. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, [1991].

ROPPO, Vincenzo. Introducción a los remedios contractuales: problemas y prospectivas. In: IMBETT, Carlos Alberto Chinchilla; GRONDONA, Mauro (Coord.). *Incumplimiento y sistema de remedios contractuales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021.

ROSENVALD, Nelson. Art. 567 [verbete]. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado*. 7. ed. Barueri: Manole, 2013.

ROSENVALD, Nelson. As fronteiras entre a restituição do lucro ilícito e o enriquecimento por intromissão. *Revista de Direito da Responsabilidade*, a. 1, p. 45-84, 2019.

ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Código Civil comentado*. Salvador: JusPodivm, 2020.

RÖSLER, Hannes. Störung der Geschäftsgrundlage nach der Schuldrechtsreform. *Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht/Zeitschrift für Vertragsgestaltung, Schuld- und Haftungsrecht*, n. 10, p. 383-391, 2003.

RUGGIERO, Roberto De. *Istituzioni di diritto civile*. *Volume I*. 4. ed. Messina: Giuseppe Principato, 1926.

RUGGIERO, Roberto de; MAROI, Fulvio. *Istituzioni di diritto privato*. *Volume Primo*. 8. ed. Milano: Giuseppe Principato, 1951.

_____. *Istituzioni di diritto privato*. *Volume Secondo*. 8. ed. Milano: Giuseppe Principato, 1951.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)*: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

_____. Relações privadas, dirigismo contratual e relações trabalhistas: uma proposta de reflexão sobre o papel da(s) liberdade(s) nas interseções entre contrato e direito do trabalho. In: TEPEDINO, Gustavo; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana; DELGADO, Gabriela Neves (Coords.). Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Trad. Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SALEILLES, Raymond. *De la déclaration de volonté*: contribution a l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil allemand (Art. 116 à 144). Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1929.

SALGADO, Bernardo. Atraso na entrega de imóveis e o "congelamento do saldo devedor": ampliando as fronteiras de um debate frequente na rotina dos tribunais. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Princípios contratuais aplicados*: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência. Indaiatuba: Foco, 2019.

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

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. 9. ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1966.

_____. *Libertà e autorità nel diritto civile*: altri saggi. Padova: CEDAM, 1977.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco (*Direttore*). *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XV (intervalo *entr-esto*). [Milano]: Giuffrè, 1966.

_____. *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XIX (intervalo *giunta-igi*). [Milano]: Giuffrè, 1970.

_____. *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XXXV (intervalo *prer-proc*). [Milano]: Giuffrè, 1986.

SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos; LOPES, Marília. Notas sobre a responsabilidade contratual do alienante pela violação das cláusulas de declarações e garantias nos contratos de alienação de participação societária representativa de controle. In: TEPEDINO, Gustavo; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos; PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos (Coord.). *Direito civil constitucional*: a construção da legalidade constitucional nas relações privadas. Indaiatuba: Foco, 2022.

SAREDO, Giuseppe; LUCCHINI, Luigi (*Commendatori*). *Il Digesto Italiano*: enciclopedia metodica e alfabetica di legislazione, dottrina e giurisprudenza. Vol. X (intervalo *ebrei-expromisso*). *Ristampa stereotipa*. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1926.

_____. *Il Digesto Italiano*: enciclopedia metodica e alfabetica di legislazione, dottrina e giurisprudenza. Vol. XII (intervalo *gabelle-hospitum*). Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1904.

_____. *Il Digesto Italiano*: enciclopedia metodica e alfabetica di legislazione, dottrina e giurisprudenza. Vol. XIX (intervalo *poste-priore*). Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1884.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. *Dritter Band*. Berlin: Veit, 1840.

SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis*: a proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento (adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras). *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Contratos de locação imobiliária na pandemia. *Pensar*, vol. 25, n. 4, p. 1-13, out.-dez./2020.

_____. Direito civil e Constituição. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 48, p. 3-26, 2011.

_____. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. *Manual de direito civil contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

_____. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. Revisão judicial dos contratos. *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 10, p. 9-27, out.-dez./2016.

SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; MELO, Marco Aurélio Bezerra de; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SCHUNCK, Giuliana Bonanno. Onerosidade excessiva e contratos aleatórios. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 5, a. 2, p. 83-96, out.-dez./2015.

SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. Napoli: Eugenio Jovene, 1950.

SEIXAS, Joana Mafalda Pimentel; WEBER, Antje. *PONS Standardwörterbuch Portugiesisch-Deutsch*: das umfassende Wörterbuch für Sprachenlerner. Stuttgart: Ernst Klett Sprachen, 2002.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Exceções substanciais*: exceção de contrato não cumprido. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

SIDOU, J. M. Othon (Org.). *Dicionário jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA FILHO, Osny da. *Fundamentos do direito contratual*: doutrina, teoria e empiria. São Paulo: Almedina, 2022.

SILVA, Amós Coelho da; MONTAGNER, Airto Ceolin. *Dicionário latino-português*. Petrópolis: Vozes, 2009.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

_____. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, a. 79, vol. 655, p. 7-11, maio/1990.

SILVA, João Calvão da. *Compra e venda de coisas defeituosas*: conformidade e segurança. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Almedina, 1987.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira. *A boa-fé a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Rodrigo da Guia. Direito de retenção: subsídios para o delineamento de uma teoria geral. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Coord.). *A reforma dos direitos reais*: a caminho da unidade dos direitos patrimoniais. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

_____. Em busca do conceito contemporâneo de (in)adimplemento contratual: análise funcional à luz da boa-fé objetiva. *Revista da AGU*, vol. 16, n. 2, p. 293-322, abr.-jun./2017.

_____. *Enriquecimento sem causa*: as obrigações restitutórias no direito civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

_____. Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo: influxos da distinção no âmbito da resolução do contrato por inadimplemento. *Revista IBERC*, vol. 3, n. 1, p. 1-37, jan.-abr./2020.

_____. Notas sobre o cabimento do direito de retenção. *Civilistica.com*, a. 6, n. 2, p. 1-25, 2017.

_____. Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido: repercussões da boa-fé objetiva sobre o sinalagma contratual. *Revista de Direito Privado*, vol. 78, p. 43-83, jun./2017.

_____. Remédios no direito privado: tutela das situações jurídicas subjetivas em perspectiva civil-constitucional. *Revista de Direito Privado*, vol. 98, p. 255-303, mar.-abr./2019.

_____. Um olhar civil-constitucional sobre a "inconstitucionalidade no caso concreto". *Revista de Direito Privado*, a. 18, vol. 73, p. 31-62, jan./2017.

SIMONE, Mario De. Ancora sulla sopravvenienza contrattuale nel diritto positivo. *Rivista di Diritto Privato*. Vol. X. Padova: CEDAM, p. 34-86, 1940.

SMORTO, Guido. *Il danno da inadempimento*. Padova: CEDAM, 2005.

_____. Il linguaggio dei diritti e il linguaggio dei rimedi. In: GRAZIADEI, Michele; POZZO, Barbara (*a cura di*). *Categorie e terminologie del diritto nella prospettiva della comparazione*. Milano: Giuffrè, 2015.

_____. Sul significato di "rimedi". *Europa e diritto privato*, n. 1, p. 159-200, 2014.

SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. *A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: LTr, 2008.

_____. Livre-arbítrio e responsabilidade civil: da vulnerabilidade do consumidor às estratégias da indústria tabagista. In: ROSENVALD, Nelson; DRESCH, Rafael de Freitas Valle; WESENDONCK, Tula. *Responsabilidade civil*: novos riscos. Indaiatuba: Foco, 2019.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. Interesse legittimo e potestà: al di là della comprensione del diritto soggettivo. *Civilistica.com*, a. 4, n. 2, p. 1-22, jul.-dez./2015.

SOUZA JR., Lauro da Gama. Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro: uma leitura constitucional do artigo 9º, da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável. In: BARROSO, Luis Roberto; TIBURCIO, Carmen (Orgs.). *O Direito Internacional contemporâneo*: estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*, a. 8, n. 2, p. 1-53, 2019.

_____. Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico. *Civilistica.com*, a. 2. n. 2. 2013.

_____. Em defesa do nexo causal: culpa, imputação e causalidade na responsabilidade civil. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord.). *Controvérsias atuais em responsabilidade civil*: estudos de direito civil-constitucional. São Paulo: Almedina, 2018.

_____. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, vol. 54, p. 65-98, abr.-jun./2013.

_____. Índices da aderência do intérprete à metodologia do direito civil-constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 41, p. 1-41, 2022, *passim*; MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCO, Maria Cristina De; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (Coord.). *Direito civil na legalidade constitucional*: algumas aplicações. Indaiatuba: Foco, 2021.

_____. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, a. 15, vol. 58, p. 75-107, abr.-jun./2014.

_____. Posfácio à segunda edição. In: SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa*: as obrigações restitutórias no direito civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

_____. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. *Civilistica.com*, a. 4, n. 1, p. 1-26, 2015.

_____. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017.

_____. Uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico: proposta de modulação dos efeitos de atos nulos e anuláveis. *Civilistica.com*, a. 6, n. 1, p. 1-48, 2017.

SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das incapacidades. *Civilisitica.com*, a. 5, n. 1, p. 1-37, 2016.

_____. Qualificação e limites das hipóteses de resolução contratual no contexto da COVID-19. In: ISMAEL, Luciana; VITALE, Olivar (Coord.). *Impactos da COVID-19 no direito imobiliário*. Porto Alegre: Paixão, 2020.

_____. Uma aplicação da disciplina do enriquecimento sem causa às hipóteses de extinção contratual: o prazo prescricional da pretensão restitutória. *Scientia Iuris*, vol. 25, n. 2, p. 83-106, jul./2021.

STAUB, Hermann. *Die positiven Vertragsverletzungen*. 2. ed. Berlin: Guttentag, 1913.

_____. *Le violazioni positive del contrato*. Trad. Giovanni Varanese. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

STEINER, Renata C. *Descumprimento contratual*: boa-fé e violação positiva do contrato. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2014.

_____. Descumprimento contratual: remédios à disposição do credor lesado. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*: pressupostos, evolução e remédios. Volume II. Rio de Janeiro: Processo, 2021.

STEINER, Renata C. *Reparação de danos*: interesse positivo e interesse negativo. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

STOICESCO, Costantino. L'intervento dello Stato nei rapporti giuridici tra privati: a proposito d'una recente legge romana. *Rivista di Diritto Privato*, vol. III, p. 117-139, *parte prima*, 1933.

STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negozio giuridico*. Padova: CEDAM, 1947.

STOLL, Heinrich. *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*. *Archiv für die civilistische Praxi*, 136. Bd., 1932.

_____. Vertragsfreiheit. In: NIPPERDEY, Hans Carl (Coord.). *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*: Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung. *Dritter Band*. Berling: Reimar Hobbing, 1930.

STÖTTER, Viktor. Versuch zur Präzisierung des Begriffs der mangelhaften Geschäftsgrundlage: die rechtstheoretische Bewältigung des Problems der mangelhaften Geschäftsgrundlage in den letzten vier Jahrzehnten. *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 166, p. 149-187, 1966.

TAMAYO, Daniel Rojas. Un nuevo horizonte para la autonomía privada: la libertad de elección de la ley aplicable al contrato. In: VILLAREAL, Martha Lucía Neme (Coord.). *Autonomía privada*: perspectivas del derecho contemporáneo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

TARTUCE, Flávio. A "Lei da Liberdade Econômica" (Lei n. 13.84/2019) e o seus principais impactos para o direito civil: mudanças no âmbito do direito contratual. *Revista Brasileira de Direito Contratual*, São Paulo, n. 1, p. 20-31, out./dez. 2019.

_____. *Manual de direito civil*: volume único. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 16, p. 75-104, abr.-jun./2018.

TEIXEIRA, Bruno Barreto de Azevedo. Remédios contra o inadimplemento. In: KULESZA, Gustavo Santos; MOREIRA, Rodrigo. *Direito contratual e Convenção de Viena (CISG)*. São Paulo: Almedina, 2021.

TEPEDINO, Gustavo. A razoabilidade na experiência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *Da dogmática à efetividade do direito civil*: anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. In: *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Ativismo judicial e construção do direito civil: entre dogmática e práxis. *Novos Estudos Jurídicos*, vol. 24, n. 1, p. 22-52, jan.-abr./2019.

_____. Autonomia privada e cláusulas limitativas de responsabilidade. Editorial à *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte, v. 23, p. 11-13, jan.-mar./2020.

_____. Contratos empresariais na unidade do ordenamento. Editorial à *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 3, p. 6-8, jan.-mar./2015.

_____. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional*: Parte Geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

_____. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional*: Parte Geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

_____. Direito civil e proteção das vulnerabilidades. Editorial à *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 7, p. 1-8, jan.-mar./2016.

_____. Efeitos da crise econômica na execução dos contratos: elementos para a configuração de um direito da crise econômica. In: *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 1, p. 8-37, jul.-set./2014.

_____. Evolução da autonomia privada e o papel da vontade na atividade contratual. In: FRANÇA, Erasmo Valladão; ADAMEK, Marcus von (Coord.). *Temas de direito empresarial*. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. Inadimplemento contratual e tutelas específicas das obrigações. *Soluções práticas de direito*. Volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. La ragionevolezza nell'esperienza brasiliana. In: PERLINGIERI, Giovanni; FACHECHI, Alessia (*a cura di*). *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporâneo*. Tomo II. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.

_____. Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação. *Revista da Academia Paranaense de Letras Jurídicas*, n. 3, 2014.

_____. Notas esparsas sobre o direito civil na legalidade constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCO, Maria Cristina De; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (Coord.). *Direito civil na legalidade constitucional*: algumas aplicações. Indaiatuba: Foco, 2021.

_____. Notas sobre a função social dos contratos. In: *Temas de direito civil*. Tomo III, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula *to the best knowledge of the sellers*. In: *Temas de direito civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa*: estudos em homenagem ao Professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. O papel da hermenêutica contratual na manutenção do equilíbrio econômico dos contratos. *Soluções práticas de direito*. Volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. O papel da vontade na interpretação dos contratos. *Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença*, vol. 16, n. 1, p. 173-189, jan.-jun./2018.

_____. Pelo princípio da isonomia substancial – notas sobre a "função promocional do direito". *Atualidades Forense*, n. 112, p. 30-35, 1987.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 5, p. 23-59, 1997.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Resolução parcial de acordo de acionistas. In: *Soluções práticas de direito*. Volume III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume II. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela lei nº 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coords.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Volume 3: Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Volume 3: Contratos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Volume 3: Contratos. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos do direito civil*. Volume 1: teoria geral do direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato; DIAS, Antônio Pedro. Contratos, força maior, excessiva onerosidade e desequilíbrio patrimonial. *Consultor Jurídico*, 20/4/2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/opiniao-efeitos-pandemia-covid-19-relacoes-patrimoniais. Acesso em 21/10/2021.

TEPEDINO, Gustavo; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. A aplicação da cláusula penal compensatória nos contratos de promessa de compra e venda imobiliária. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*: pressupostos, evolução e remédios. Volume I. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado*. Volume IV: direito das obrigações. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Fundamentos do direito civil*. Volume 2. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____. *Fundamentos do direito civil*. Volume 2: obrigações. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Notas sobre o dano moral no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 30, p. 33-60, out.-dez./2021.

_____. Novos bens jurídicos, novos danos ressarcíveis: análise dos danos decorrentes da privação do uso. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 129, p. 33-60, maio-jun./2020.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil*. Volume 4: responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. A questionável utilidade da violação positiva do contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 101, p. 181-205, set.-out./2015.

_____. Âmbito de incidência da cláusula resolutiva expressa: para além dos contratos bilaterais. *Revista de Direito Privado*, vol. 65, a. 17, p. 121-138, jan.-mar./2016.

_____. Cláusula resolutiva expressa e resolução extrajudicial. *Civilistica.com***.** Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, p. 1-19, jul.-set./2013.

_____. Covid-19 e os contratos de locação em *shopping center*. *Migalhas*, 20/3/2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/322241/covid-19-e-os-contratos-de-locacao-em-shopping-center. Acesso em 18/8/2022.

_____. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 18, p. 49-73, out.-dez./2018.

_____. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 11, p. 95-113, jan.-mar./2017.

_____. Resolução por inadimplemento: o retorno ao *status quo ante* e a coerente indenização pelo interesse negativo. *Civilistica.com*, a. 9, n. 1, p. 1-22, 2020.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Boa-fé, função social e equilíbrio contratual: reflexões a partir de alguns dados empíricos. In: *Princípios contratuais aplicados*: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência. Indaiatuba: Foco, 2019.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore. A cláusula resolutiva expressa como instrumento privilegiado de gestão de riscos contratuais. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, vol. 31, n. 1, p. 135-165, jan.-mar./2022.

TERRANOVA, Carlo G. L'eccessiva onerosità nei contratti: artt. 1467-1469. In: SCHLESINGER, Piero (*diretto da*). *Il Codice Civile*: commentario. Milano: Giuffrè, 1995.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. *Direitos do consumidor*: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TIMM, Luciano Benetti. "Descodificação", constitucionalização e privatização no direito privado: o Código Civil ainda é útil? *RIDB*, a. 1, n. 10, p. 6.417-6.453, 2012.

TRIMARCHI, Pietro. *Il contratto*: inadempimento e rimedi. Milano: Giuffrè, 2010.

TUCCI, Andrea. Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale. *Banca Borsa Titoli di Credito*, a. LXXVIII, n. 2, p. 141-150, 2016.

TUHR, Andreas von. *Tratado de las obligaciones*. Trad. W. Roces. Granada: Comares, 2007.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Volume I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Volume 3. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VERONESE, Lígia Espolaor. *A Convenção de Viena de 1980*: substituição e complementação ao direito contratual brasileiro. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

VETTORI, Giuseppe. Autonomia privata e contratto giusto. *Rivista di Diritto Privato*, a. V, n. 1, p. 21-50, *gen.-mar*/2000.

VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado*. Volume I. 3. ed. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2016.

_____. *Direito comparado*. Volume II. Coimbra: Almedina, 2017.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. As medidas atípicas como meio de efetivação das tutelas executivas. *Revista dos Tribunais*, vol. 1005, p. 189-219, jul./2019.

VIEIRA, Iacyr de Aguilar. The CISG and Party Autonomy in Brazilian International Contract Law. *Panorama of Brazilian Law*, vol. 1, n. 1, p. 173-186, 2013.

VILLELA, João Baptista. Equilíbrio do contrato: os números e a vontade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Obrigações e contratos*. Volume III: contratos: princípios e limites. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

WAGNER, Gerhard. Materialisierung des Schuldrechts unter dem Einfluss von Verfassungsrecht und Europarecht – Was bleibt von der Privatautonomie?. In: BLAUROCK,

Uwe; HAGER, Günter (Orgs.). *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*. Baden-Baden: Nomos, 2010.

WALD, Arnoldo. A dupla função econômica e social do contrato. *Revista Brasileira de Letras Jurídicas*, n. 25, 2004.

_____. *Direito civil*. Volume 2. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Direito civil*. Volume 3. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WIEACKER, Franz. Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht. In: DIETZ, Rolf; HÜBNER, Heinz (h*erausgegeben von*). *Festchrift für Hans Carls Nipperdey*. Band I. München: C. H. Beck, 1965.

WILLCOX, Victor. O princípio da conservação do negócio jurídico no temperamento das patologias negociais. In: SCHREIBER, Anderson; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; OLIVA, Milena Donato (Org.). *Problemas de direito civil*: homenagem aos 30 anos de cátedra do Professor Gustavo Tepedino por seus orientandos e ex-orientandos. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

_____. O princípio do equilíbrio contratual e a alocação de riscos pelas partes nas relações paritárias. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Princípios contratuais aplicados*: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência. Indaiatuba: Foco, 2019.

WINDSCHEID, Bernhard. Die Voraussetzung. *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 78, p. 161-202, 1892.

_____. *Diritto delle pandette*. Vol. II. *Parte Prima*. Trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: UTET, 1904.

_____. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. *Erster Band*. Düsseldorf: Julius Buddeus, 1862.

_____. *Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*. Düsseldorf: Julius Buddeus, 1850.

WOLF, Manfred. *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1970.

WOLLNY, Rainar-Maria. *Die tatbestandliches Voraussetzungen der Geschäftsgrundlage*: Problemlösung aus den uterschidelichen Interessenkreisen von Gläubiger und Schuldner unter Einbeziehung des englischen und französischen Rechts. Augsburg: Werner Blasaditsch, 1973.

ZAGNI, João Pedro Fontes. O princípio do equilíbrio contratual e a cláusula reajuste por faixa etária em contratos de plano de saúde na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Princípios contratuais aplicados*: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência. Indaiatuba: Foco, 2019.

ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do equilíbrio contratual*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. A transformação da mora em inadimplemento absoluto. *Revista dos Tribunais*, a. 103, vol. 942, p. 117-139, abr./2014.

_____. O risco contratual. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coord.). *Sociedade de risco e direito privado*: desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013.

ZIMMERMANN, Reinhard. Breach of contract and remedies under the New German Law of Obligations. In: BONELL, M. G. (diretto da). *Saggi, conferenze e seminari*, vol. 48. Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 2002.

_____. *The New German Law of Obligations*: Historical and Comparative Perspectives. New York: Oxford University Press, 2005.

ZUPPI, Alberto Luis; PESSÔA, Fernando J. Breda. A Convenção de Viena de 1980 sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias em vigor no Brasil o que se deve esperar?. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TRIPODI, Leandro (Coords.). *A CISG e o Brasil*: Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

ZWEIG, Stefan. *Die Welt von Gestern*: Erinnerungen eines Europäers. Stockholm: S. Fischer, 1942.

_____. *O Mundo que eu vi (minhas memórias)*. Trad. Lya Luft. Rio de Janeiro: Record, 1999.

_____. *O mundo que eu vi (minhas memórias)*. Trad. Odilon Gallotti. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1944.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduzione al diritto comparato*. *Tomo II: istituti*. *Edizione italiana a cura di Adolfo di Majo e Antonio Gambaro*. Milano: Giuffrè, 2011.