Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Fernanda Paes Leme Peyneau Rito

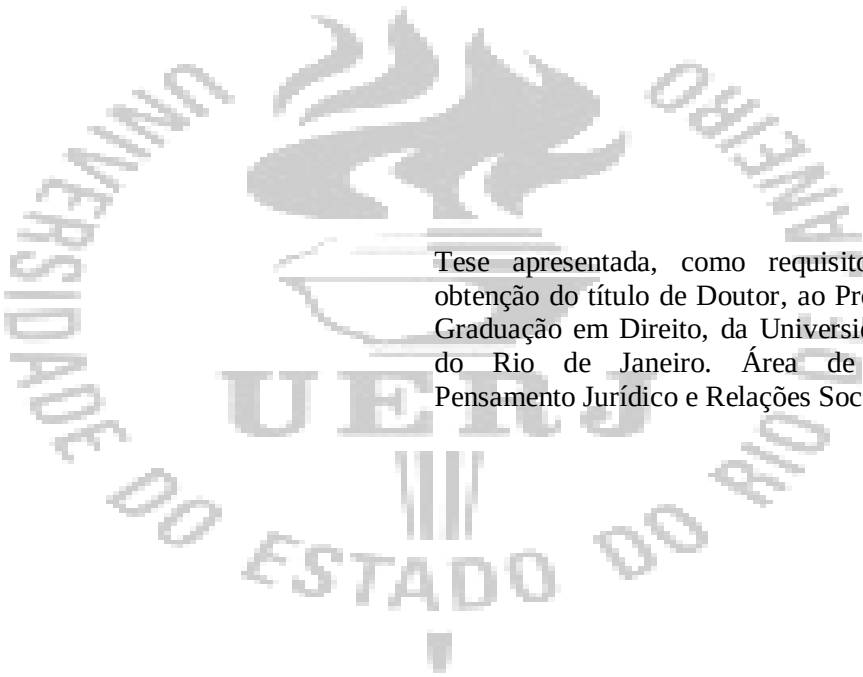
Princípio do equilíbrio funcional dos contratos

Rio de Janeiro

2016

Fernanda Paes Leme Peyneau Rito

Princípio do equilíbrio funcional dos contratos



Tese apresentada, como requisito parcial para 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: Profº. Dr. Carlos Edison do Rego Monteiro Filho

Rio de Janeiro

2016

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

R611 Rito, Fernanda Paes Leme Peyneau.

Princípio do equilíbrio funcional dos contratos / Fernanda Paes Leme Peyneau Rito. - 2016.

315 f.
Orientador: Prof. Dr. Carlos Edison do Rego Monteiro Filho.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Contratos - Teses. 2. Proporcionalidade (Direito) - Teses. 3. Direito civil - Teses. I. Monteiro Filho, Carlos Edison do Rego. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.44

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

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

_____ _____

Assinatura Data

Fernanda Paes Leme Peyneau Rito

Princípio do equilíbrio funcional dos contratos

Tese apresentada, como requisito parcial para 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 29 de fevereiro de 2016.

Banca Examinadora:

_____

Prof. Dr. Carlos Edison do Rego Monteiro Filho (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. Carlos Nelson Konder

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof.ª Dra. Milena Donato Oliva

Faculdade de Direito - UERJ

_____

Prof. Dr. Dr. Marcos Alves da Silva

Centro Universitário Curitiba

_____

Prof. Dr. Pablo Waldemar Renteria

Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2016

DEDICATÓRIA

Em primeiro lugar, como em tudo, ao Guilherme, maior amor do mundo. Em sequência e em igualdade, aos meus queridos e também muito amados, Antônio e Daniela.

AGRADECIMENTOS

Agradecer pela conclusão de um curso de doutorado implica reconstruir uma longa história, permeada por um grande conjunto de relações muitas vezes desequilibradas. Por sorte, todos aqueles que participaram desse caminhar são extremamente solidários, tendo me exigido infinitamente menos do que me ofereceram. Mesmo reconhecendo a dificuldade intransponível de reestabelecer o equilíbrio de fatos passados, agradeço a todos, pelo apoio, pelo carinho e, principalmente, pela compreensão.

Não obstante a importante participação de tantas outras pessoas, agradeço àquelas que direta e imediatamente contribuíram para a conclusão do curso de doutorado, começando pelo meu querido marido, Antônio, que me apoiou a ingressar no curso de Direito e a continuar estudando sempre, não me deixando desistir em face às dificuldades e, sobretudo, por sempre ter sido tão companheiro e dedicado esposo e pai. Ao meu filho Guilherme, por ser tão especial a ponto de brincar quietinho ao meu lado, compatibilizando assim a saudade com a minha necessidade de estudo. Mais do que agradecer, aos meus queridos filho e marido, devo me desculpar por tantas ausências, por tantos "não vai dar"; "tenho que ler uns textos"; "preparar um seminário"; "terminar a tese". Espero poder compensá-los daqui em diante.

Em relação ao ingresso no curso de doutorado, agradeço a minha querida amiga Thamis Dalsenter, por tanto ter me incentivado e colaborado com o desenvolvimento do projeto e ter permanecido ao meu lado durante o longo processo seletivo.

Ao Professor Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, agradeço pela orientação para a elaboração dessa tese, bem como por tantos ensinamentos, incentivos e parceria e, principalmente, pelo respeito com a minha pesquisa, me permitindo traçar o meu próprio caminho, mesmo quando sabidamente por ele, não era o correto e, assim, me permitiu mudar o rumo não por imposição, mas por amadurecimento acadêmico. Agradeço ainda, por todo o tempo dispensado à minha orientação, por todos os questionamentos e provocações.

Aos Professores Carlos Nelson Konder e Milena Donato Oliva, agradeço pelos ensinamentos em sala, pelo convívio agradável durante esses anos, pela inestimável contribuição na fase de qualificação, bem como por terem aceito o convite de compor a banca examinadora dessa tese. Aos Professores Marcos Alves e Pablo Rentería, agradeço pelos momentos compartilhados na UERJ e em todos os nossos encontros jurídicos, ressaltando a imensa satisfação de tê-los como integrantes da banca examinadora dessa tese.

Pela convivência e pelos sólidos ensinamentos, agradeço aos Professores Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes, Anderson Schreiber, Danilo Doneda e Carlos Afonso Pereira de Souza.

Aos queridos colegas de turmas, agradeço pelos intensos debates, pela cooperação e solidariedade. Em especial, à Paula Moura, pela bela amizade construída, e ao Vitor Almeida, pela amizade, por todo apoio na UERJ, no IBMEC e pela leitura dos pontos críticos dessa tese. Pelo convívio, compartilhamento de angústias e incentivos mútuos, agradeço ao amigo Eduardo Nunes de Souza.

À Cintia Konder, amiga querida, agradeço por tantas coisas: pela grande amizade; por ter dividido comigo tantas angústias e dúvidas; pelas discussões sobre questões jurídicas relevantes e sobre banalidades do cotidiano; pelos almoços; por sua disponibilidade em ajudar sempre, enfim, por tudo!

Agradeço especialmente à Chiara Spadechini de Teffé, mestranda brilhante, a quem tive o prazer de conhecer e me tornar amiga. Jovem brilhante e grande inspiração para todos que se dedicam ao Direito.

Às queridas amigas e companheiras de Ibmec, Adriana Ramos, Eleonora, Patrícia Garcia, Flávia Zangerolame, Juliana Bierrenbach, Luciana Ramalho e Ana Esteves, agradeço pelos incentivos, pela força, pelas risadas e pelos desabafos ao longo dos últimos anos.

Pelo estímulo em estudar cada vez mais e por terem me permitido confirmar o ideal de prosseguir pela vida acadêmica, agradeço aos meus queridos alunos da graduação do Ibmec.

Pelo apoio e compreensão durante esse período crítico de elaboração da tese, agradeço aos Coordenadores do Ibmec, Daniel Brantes e Bianca Farias. Pelos mesmos motivos, agradeço aos queridos Professores Bianca Xavier e Sérgio Branco.

RESUMO

RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. *Princípio do equilíbrio funcional dos contratos*. 2016. 315 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

A partir da reconstrução do contrato e da contratualidade como decorrência da constitucionalização do direito civil e, consequentemente, da funcionalização da autonomia privada, a tese defende que os contratos privados estão sujeitos a um controle objetivo do seu conteúdo, o qual não se esgota nos institutos positivados para o combate do desequilíbrio. Defende-se que tal controle seja exercido de forma autônoma pelo princípio do equilíbrio funcional dos contratos, o qual privilegia a proporcionalidade entre as diversas situações jurídicas decorrentes de um contrato, conferindo um caráter subsidiário aos aspectos subjetivos, tais como a necessidade e a inexperiência de um dos contratantes, como fator determinante para eventual revisão judicial. Demonstra-se que, não obstante certa relação de complementariedade com os demais princípios contratuais contemporâneos, o princípio do equilíbrio funcional possui um espaço de normatividade próprio e exclusivo. Nessa perspectiva, a tese inicia pela análise da ambiência jurídica propícia ao desenvolvimento do princípio do equilíbrio funcional, destacando-se: os aspectos evolutivos da teoria contratual, através da dialética entre o apego à vontade e o ideal de justiça; os impactos da Constituição de 1988 na reconstrução da teoria contratual na contemporaneidade; a identificação do espaço de normatividade do princípio do equilíbrio funcional. Em seguida, passa-se a construção do princípio do equilíbrio funcional dos contratos, considerando-se, especialmente, a necessária ponderação entre a segurança jurídica com a igualdade substancial e a solidariedade social, apresentando-se: as premissas instrumentais, notadamente o vínculo de correspectividade e os perfis do equilíbrio; os aspectos teóricos, a saber, fundamento e conteúdo do princípio; e, por fim, sistematiza-se a sua operacionalização, através de um conjunto de critérios para a aplicação, bem como de parâmetros para a qualificação do desequilíbrio e, por fim, delimita-se a eventual atuação corretiva do magistrado.

Palavras-chave: Equilíbrio contratual. Proporcionalidade. Comutatividade. Constitucionalização. Funcionalização. Justiça contratual. Princípio.

RIASSUNTO

RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. *Principio di equilibrio funzionale dei contratti.* 2016. 315f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

Partendo dalla ricostruzione del contratto e dalla contrattualità a seguito della costituzionalizzazione del diritto civile e, quindi, della funzionalizzazione dell'autonomia privata, la tesi sostiene che i contratti privati sono soggetti ad un controllo oggettivo del contenuto, che non si limita agli istituti scelti per combattere lo squilibrio. Si sostiene che tale controllo venga esercitato in modo autonomo dal principio dell' equilibrio funzionale dei contratti, che si concentra sulla proporzionalità tra le diverse situazioni giuridiche derivanti da un contratto, dando un carattere sussidiario agli aspetti soggettivi come la necessità e l'inesperienza di uno dei contraenti, come fattore determinante per eventuale controllo giurisdizionale. È dimostrato che, nonostante certi rapporti di complementarietà con gli altri principi contrattuali contemporanei, il principio di equilibrio funzionale ha un proprio spazio di normatività unico ed esclusivo. Da questo punto di vista, la tesi inizia con l'analisi di un ambiente normativo favorevole allo sviluppo del principio dell'equilibrio funzionale, mettendo in evidenza: gli aspetti evolutivi della teoria contrattuale, attraverso la dialettica tra l'attaccamento alla volontà e l'ideale di giustizia; gli impatti della Costituzione del 1988 nella ricostruzione della teoria contrattuale nella contemporaneità; l'identificazione dello spazio normativo del principio dell'equilibrio funzionale. In seguito si passa alla costruzione del principio dell'equilibrio funzionale dei contratti, considerando soprattutto la necessaria ponderazione tra la sicurezza giuridica con una sostanziale parità e la solidarietà sociale, presentando: le assunzioni strumentali, in particolare il legame/rapporto di correspectividade e i profili dell'equilibrio; gli aspetti teorici, vale a dire, il fondamento e contenuto del principio; e, infine, di sistemare il suo funzionamento attraverso un insieme di criteri di applicazione, così come i parametri per la classificazione dello squilibrio e, ancora, delimitare una possibile azione correttiva del magistrato .

Parole chiave: Equilibrio contrattuale. Proporzionalità.Commutatività. Istituzionalizzazione. Funzionalizzazione. Giustizia contrattuali. Principio.

RÉSUMÈE

RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. *Principe de l'équilibre fonctionnel des contrats.* 2016. 315f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

A partir de la reconstruction du contrat et de la contractualité par suite de la constitutionnalisation du droit civil et, en conséquence, de la fonctionnalisation de l'autonomie privée, l'objet de la presente étude est de montrer que les contrats privés sont soumis à un contrôle objectif de leur contenu, ce qui ne s'épuise pas dans les instituts positivés pour le combat au déséquilibre. Il est permis d'affirmer qu'un tel contrôle doit être exercé de façon autonome par le principe de l'équilibre fonctionnel des contrats, ce qui fait valoir la proportionnalité parmi les diverses situations juridiques issues d'un contrat, confiant un caractère subsidiaire aux aspects subjectifs tels que la nécessité et l'inexpérience de l'un des contractants, considérées comme un facteur déterminant à une éventuelle révision judicielle. On démontre que, nonobstant une certaine relation de complémentarité avec les autres principes contractuels contemporains, le principe de l'équilibre fonctionnel a son propre et exclusif espace de normativité. Dans cette optique, la thèse commence par l'analyse de l'ambiance juridique propice au développement du principe de l'équilibre fonctionnel, mettant en avant: Les aspects évolutifs de la théorie contractuelle, par le biais de la dialectique entre l'attachement à la volonté et l'idéal de justice; les impactes de la Constitution de 1988 sur la reconstruction de la théorie contractuelle dans la contemporanéité; l'identification de l'espace de normativité du principe de l'équilibre fonctionnel. Ensuite, on passe à la construction du principe de l'équilibre fonctionnel des contrats, en tenant compte particulièrement de la nécessaire pondération entre la sécurité juridique avec l'égalité substantielle et la solidarité sociale, en se présentant les prémisses instrumentales, notamment le lien de correspectivité et les profils de l'équilibre; les aspects théoriques, à savoir, fondement et contenu du principe; et en outre on systématise son operationnalisation, par un ensemble de critères pour l'application, mais aussi par des paramètres pour la qualification du déséquilibre et finalement, on délimite l'éventuelle action corrective du magistrat.

Mots-clé: Équilibre contractuel. Proportionnalité. Commutativitè. Constitutionnalisation. Fonctionnalisation. Justice contractuelle. Principe.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	11
1	**DIALÉTICA ENTRE VONTADE E JUSTIÇA PELO CONTEÚDO**...	20
1.1	**Dialética entre vontade e justiça pelo conteúdo na construção da teoria contratual: o apogeu da vontade**	20
1.1.1	O abandono dos institutos revisionistas.....	20
1.1.2	Os alicerces da teoria contratual clássica.....	28
1.1.3	Peculiaridades do direito civil brasileiro e sua implicação no campo contratual.....	35
1.2	**Dialética entre vontade e justiça pelo conteúdo na fragmentação da teoria contratual: apreciação subjetivista do conteúdo**.....	41
1.2.1	Processo de objetivação do contrato.....	41
1.2.2	Repercussões no direito civil brasileiro	52
2	**CONTRATO NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL**.....	61
2.1	**Ordem econômica constitucional**.....	61
2.2	**Redimensionamento do papel da autonomia e sua implicação no contrato**.....	79
2.3	**Funcionalização dos institutos jurídicos**	89
2.4	**Função, função social e funcionalização do contrato**.....	97
3	**ESPAÇO DE NORMATIVIDADE DO PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO FUNCIONAL DOS CONTRATOS**.....	111
3.1	**Convivência e autonomia em relação aos princípios da função social e da boa-fé objetiva**.....	111
3.2	**Equilíbrio e justiça contratual na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**.....	124
3.3	**Soluções parciais: instrumentos vocacionados para a concretização do equilíbrio dos contratos**.....	134
3.4	**Insuficiência dos institutos positivados**.....	152
4	**ARCABOUÇO INSTRUMENTAL NA DOGMÁTICA DO EQUILÍBRIO**.....	158
4.1	**Equilíbrio contratual: ideias iniciais**.....	158
4.2	**Premissas Instrumentais**.....	164

4.2.1 Causa do contrato e equilíbrio: primeira premissa instrumental..... 164
4.2.2 Perfis do equilíbrio: segunda premissa instrumental..... 168
4.3 **Vínculo de Correspectividade e equilíbrio** 179
4.3.1 Correspectividade, bilateralidade e sinalagma..... 179
4.3.2 Identificação e conteúdo do vínculo de correspectividade..... 186
4.3.3 Correspectividade e natureza do contrato 193
5 **PRESSUPOSTO, FUNDAMENTO E CONTEÚDO NA TUTELA DO EQUILÍBRIO** 204
5.1 **Premissas teóricas** 204
5.2 **Proporcionalidade: conteúdo do princípio do equilíbrio funcional dos contratos**..... 223
5.2.1 Proporcionalidade: parâmetro comparativo entre as obrigações e princípio jurídico norteador das decisões judiciais..... 226
5.2.2 Exemplos de aplicação do critério da proporcionalidade nas obrigações contratuais: redução da cláusula penal e das arras penitenciais..... 231
6 **OPERACIONALIZAÇÃO DO EQUILÍBRIO FUNCIONAL DOS CONTRATOS COMUTATIVOS**..... 244
6.1 **Concretização do equilíbrio: considerações preliminares**..... 244
6.2 **Critérios para aferição do equilíbrio**..... 247
6.3 **Parâmetros para eventual intervenção judicial**..... 260
6.4 **Espaço de atuação do magistrado diante de eventual desequilíbrio**..... 282
CONCLUSÃO..... 289
REFERÊNCIAS..... 298

INTRODUÇÃO

Ao tempo da promulgação do Código Civil de 2002 – e ainda hoje -, muito festejada foi a renovação do direito das obrigações e especialmente da teoria contratual em virtude dos novos princípios contratuais: função social do contrato, boa-fé objetiva e equilíbrio econômico. Entretanto, a atenção dos operadores do direito acabou se concentrando, quase que exclusivamente, nos dois primeiros princípios, restando ao equilíbrio uma referência subsidiária e, no mais das vezes, apenas nominal.

Diversos fatores podem ser colacionados na tentativa de explicar esse aparente desprestígio do equilíbrio. De pronto, identifica-se como um *primeiro fator*, a opção do legislador de 2002 de não positivar o princípio do equilíbrio sob a forma de enunciado normativo aberto, tal como o fez em relação à boa-fé e à função social. Diretamente relacionado à essa escolha que, de certa forma, contribui para essa aparente desvalorização, soma-se um *segundo fator* também de cunho legislativo. Além de não prever uma cláusula geral de equilíbrio dos contratos, a codificação civil trouxe institutos específicos de combate ao desequilíbrio, tais como a lesão, o estado de perigo, a resolução e a revisão contratual por onerosidade excessiva, permitindo concluir – ainda que apressadamente – que a tutela do equilíbrio ou, pelo menos o combate ao desequilíbrio, estaria restrito a esses institutos.

Um *terceiro fator* de relevo é o fato de que afirmar que os contratos devam ser equilibrados não representou uma grande novidade, afinal é hodiernamente aceito e, de certa forma internalizada a ideia de que os contratos devam ser justos, no sentido de que cada uma das partes terá vantagens e suportará sacrifícios proporcionais e, por mais essa razão, talvez não tenha despertado o interesse dos operadores do direito. Por fim, um *quarto fator* a ser levado em conta na tentativa de explicar e compreender essa aparente desconsideração pelo princípio do equilíbrio é a dificuldade inerente ao tema, na medida em que, necessariamente, põe em xeque alguns postulados seculares da teoria dos contratos.

O déficit no tratamento legislativo, doutrinário e jurisprudencial do equilíbrio em relação a seus congêneres boa-fé objetiva e função social já seria justificativa suficiente para o seu estudo aprofundado. Entretanto, a razão maior encontra-se na ordem constitucional vigente e na necessária funcionalização dos contratos aos valores e objetivos por ela determinados. A Constituição de 1988, por possuir feição compromissória, a albergar zonas

de tensão entre ideias antagônicas, fixou, a um lado, o princípio da livre iniciativa e, a outro, o da solidariedade social e da igualdade substancial, de cuja compatibilidade se extrai a caracterização do equilíbrio dos contratos.

Assim, sem descuidar da autonomia das partes, a axiologia constitucional sugere a presença do equilíbrio entre as prestações pactuadas, eis que a solidariedade rejeita o desequilíbrio disfuncional. Daí, portanto, a motivação para o desenvolvimento, nesta tese, de contribuição no sentido de descortinar os limites e as possibilidades do princípio, por meio do oferecimento de subsídios teóricos para que o equilíbrio se faça instrumento dos valores constitucionais.

Sob a perspectiva da constitucionalização do direito, marco teórico desta tese,[1] os fatores acima elencados, como possíveis justificativas para o desprestígio do princípio do equilíbrio dos contratos, são refutados. O reconhecimento da primazia hierárquica da normativa constitucional implica releitura dos institutos jurídicos por lentes constitucionais, através de uma interpretação conforme à Constituição e/ou pela aplicação direta das normas constitucionais às relações privadas, independentemente de uma regulamentação infraconstitucional específica.

Dessa forma, o fato de o legislador civil não ter positivado o princípio do equilíbrio não significa a ausência do mesmo no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que a sua racionalidade é extraída dos princípios constitucionais, os quais incidem diretamente sob as relações privadas. Complementarmente, se a normativa constitucional é superior e condicionante da legislação infraconstitucional, a previsão na legislação civil de certos institutos vocacionados ao combate do desequilíbrio, não pode significar que outros mecanismos não possam ser reconhecidos para esse mesmo fim, notadamente quando as regras postas se mostrarem insuficientes para a concretização do projeto constitucional.

Acrescenta-se que a referência genérica e abstrata de que os contratos devam ser justos e equilibrados não é compatível com a função promocional assumida pela Constituição de 1988, na medida em que a mera correlação nominal entre justiça e equilíbrio não contribui

[1] As premissas da metodologia civil-constitucional são desenvolvidas pioneiramente nas obras de Pietro PERLINGIERI (*Perfis do direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008). A metodologia foi expressamente assumida pela Escola de Pós-Graduação em Direito Civil da UERJ, pelo que é consentido remeter aos seguintes estudos paradigmáticos elaborados à luz da realidade brasileira: BODIN DE MORAES, Maria Celina. O direito civil-constitucional. In: *Na medida da pessoa humana:* estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.21-31; e TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*, tomo. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.1-24.

para a delimitação, seja da noção de justiça, seja do equilíbrio. E, mais ainda, ausente uma precisa determinação do conteúdo de um e/ou de outro, corre-se o sério risco de recair em um discurso de mera retórica, sem efeitos práticos concretos, contradizendo, portanto, o projeto constitucional, comprometido, não com a enunciação abstrata de objetivos, mas com a transformação da realidade.

Com efeito, aquilo que se entende por justo, bem como a forma de aferição do equilíbrio em um contrato, a obrigatoriedade de respeito ao justo e as consequências jurídicas do desequilíbrio contratual, variam bastante no tempo e no espaço. Significa dizer que toda e qualquer consideração acerca da justiça contratual, do equilíbrio e, na verdade, do próprio contrato, deve estar alinhada à historicidade e à relatividade de tais conceitos e categorias jurídicas, ou simplesmente que o conteúdo da justiça contratual deve ser buscado dentro do exato contexto histórico-social no qual o contrato, que se pretende justo se realiza.

A rigor, o reconhecimento da relatividade e historicidade dos institutos jurídicos é uma das premissas da metodologia do direito civil-constitucional – método de operacionalização da constitucionalização do direito civil [2] – a qual se justifica pelo simples fato de que o estudo do Direito se dá em um contexto social, político e econômico, sendo estabelecido entre a realidade social e a realidade normativa uma ligação de tal ordem que "a transformação da realidade social em qualquer dos seus aspectos significa a transformação da realidade normativa e vice-versa".[3]

Revisitando o desenvolvimento da teoria contratual em um contexto geral, verifica-se que, em se tratando de um contrato, a ideia de justiça, seguindo a construção aristotélica, seria

[2] Os novos paradigmas trazidos à baila pelo direito civil-constitucional foram sistematizados por Carlos Edson do Rego Monteiro Filho: "Identificação do marco axiológico supremo do ordenamento jurídico na dignidade humana e na solidariedade; aplicação direta dos princípios e valores constitucionais às relações privadas [...]; distinção e prevalência, nas situações de conflito, dos valores não patrimoniais, por opção, democrática, do Poder Constituinte; funcionalização dos institutos jurídicos à tábua axiológica da Constituição, com a submissão de todas as situações jurídicas subjetivas a controle de merecimento de tutela, com base no projeto constitucional; valorização da situação concreta e de suas especificidades sob a perspectiva da isonomia substancial [...]; superação definitiva da dicotomia público-privada, proporcionando a interpenetração das searas e a redefinição permanente da noção de ordem pública; e, consagração da função social das instituições jurídicas, notadamente o contrato e a propriedade – o direito passa a ser visto sob a perspectiva mais ampla da sua função promocional" (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo:* novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, p. 262-281).

[3] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil:* introdução ao direito civil-constitucional. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.2.

um domínio da justiça comutativa,[4] representada pelo meio termo, pela proporcionalidade entre as vantagens e sacrifícios reciprocamente suportados. Assim, nesta perspectiva de uma justiça comutativa, um contrato justo seria um contrato equilibrado. A partir dessa ideia, a noção de justiça contratual foi inicialmente formulada em torno da ideia de proporcionalidade, a partir de construções, tais como o justo preço e a usura e, nessa ordem, a equivalência entre as prestações de um contrato, era objetiva.

Tal concepção de justiça contratual foi, a partir do século XVIII, ofuscada pelo voluntarismo jurídico e, nessa esteira, passou a prevalecer o entendimento de que a equivalência entre as prestações de um contrato seria subjetiva, o que ia ao encontro de uma nova concepção de justiça contratual, compreendida como resultado do somatório entre liberdade e igualdade jurídicas. A realidade fática, no entanto, demonstrou que os alicerces dessa última concepção de justiça contratual não eram assim tão firmes e, gradativamente foi se reconhecendo a necessidade de o Direito intervir nos contratos.

Em um primeiro momento, tal intervenção se deu de forma pontual e excepcional e, com o objetivo principal de minimizar a desigualdade entre os contratantes, por intermédio de leis especiais e protetivas em razão da qualidade de determinados sujeitos, tais como o inquilino e o consumidor. Tal iniciativa, apesar de todo o mérito em melhor proteger determinadas classes de contratantes, representou um primeiro e importante passo na reformulação da noção de justiça contratual, a qual não foi completa porque não contemplou a liberdade. E, por essa razão, não chegou a promover uma reformulação da noção de justiça contratual e, consequentemente, não foram aprofundadas as discussões inerentes ao equilíbrio objetivo dos contratos.

Assim, a primeira etapa na construção do princípio do equilíbrio dos contratos é verificar a compatibilidade da noção de justiça contratual, como resultante do somatório de liberdade e igualdade – em ambas as dimensões (formal e substancial) – com os paradigmas personalista e solidarista, adotados pela Constituição de 1988. Tal tarefa pressupõe uma reflexão acerca da forma como a liberdade contratual é apreciada e valorada e como esta se compatibiliza com a justiça. E, uma vez delimitado o conteúdo da justiça contratual poder-se-á concluir pela necessidade ou não de os contratos serem objetivamente equilibrados.

---

[4] CANARIS, Claus-Wilhelm. A liberdade e a justiça contratual na sociedade de direito privado. In: MONTEIRO, Antônio Pinto (Coord.). *Contratos*: actualidade e evolução. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p.49-66, p. 65.

Considerando-se que a liberdade contratual deriva da livre iniciativa, que é um valor constitucionalmente assegurado, poder-se-ia concluir que a determinação do conteúdo dos contratos estaria abrangida por essa mesma liberdade, razão pela qual a avaliação do equilíbrio em um contrato seria deixada a cargo exclusivamente dos próprios contratantes, restando ao controle externo apenas a análise da qualidade do consentimento. Nesse sentido, forçoso seria reconhecer certa irrelevância do equilíbrio objetivo de um contrato, na medida em que o mesmo seria justo em virtude de derivar da recíproca autodeterminação das partes. Assim, prevalecendo a liberdade na contratação em condições vantajosas ou desvantajosas, a equivalência seria subjetiva e, por essa razão, não seria consentido ao juiz intervir no conteúdo dos pactos.

Contudo, a liberdade não representa um valor absoluto, sendo, ao mesmo tempo, garantida e regulada, razão pela qual o seu exercício deve ser conforme aos demais valores e limites presentes no ordenamento. Notadamente, a solidariedade social, objetivo fundamental do estado democrático brasileiro, impõe, dentre outros, os deveres de reciprocidade e cooperação em todas as relações intersubjetivas e, por expressa opção do constituinte democrático, condiciona o exercício da livre iniciativa.

A compatibilização entre os valores constitucionais para os fins específicos de exercício da livre iniciativa e, por derivação, da liberdade de contratar é expressa no artigo 170 da Constituição federal, o qual determina que tal liberdade deve ser exercida em conformidade com os ditames da justiça social, tendo por fim assegurar a todos existência digna, ou seja, a liberdade é funcionalizada aos valores personalista e solidarista. Consequentemente, mesmo reconhecendo-se que a determinação do conteúdo dos pactos deva ser atribuída aos contratantes, isso não significa imunidade a um controle externo. E, nessa perspectiva, é de se reconhecer a importância do equilíbrio objetivo das prestações contratuais, bem como a possibilidade de intervenção judicial nos contratos.

Com base em tais considerações, a *hipótese* da tese é a de que, em decorrência da axiologia constitucional, a fórmula da justiça contratual foi renovada, de sorte que o seu conteúdo passa a ser preenchido pelos princípios da liberdade efetiva, da igualdade substancial e da equidade ou proporcionalidade, a indicar: i) que os contratos devam ser objetivamente equilibrados; ii) que o princípio do equilíbrio dos contratos se faz presente no ordenamento jurídico brasileiro, não obstante a falta de previsão expressa; iii) que, excepcionalmente e com o propósito de concretizar o equilíbrio, é possível a intervenção judicial em um contrato.

A investigação de tal hipótese não é simples, destacando-se duas dificuldades essenciais. A primeira está na harmonização dos valores da liberdade e da solidariedade, ambos essenciais para assegurar o livre desenvolvimento da personalidade, bem como na compatibilização da liberdade contratual com a ideia de contrato justo. Tal desafio é potencialmente ampliado porque pressupõe o balanceamento e a delimitação dos efeitos perversos e vantajosos da liberdade contratual. A segunda dificuldade consiste em que a hipótese a ser investigada esbarra em alguns dos corolários decorrentes do dogma voluntarista, notadamente a força obrigatória e a intangibilidade dos contratos. Consequentemente, requer a revisitação de aspectos da teoria contratual clássica, bem como a identificação dos postulados jurídicos contemporâneos compatíveis com a proposta e com a flexibilização dos corolários anteriormente mencionados.

Uma vez confirmada a hipótese anteriormente apresentada, a pr*oposta d*a tese é a construção do princípio do equilíbrio funcional dos contratos paritários, onerosos, bilaterais e comutativos,[5] a partir da compatibilização das exigências da livre iniciativa e do mercado com o princípio da solidariedade social e, em atenção à segurança jurídica. Essa tarefa requer: i) a explicitação do método de aferição do equilíbrio, acompanhada da devida justificativa para a sua escolha; ii) a apresentação do arcabouço teórico, no qual a construção do princípio do equilíbrio funcional se funda; e, iii) a sistematização da dinâmica operacional do princípio do equilíbrio funcional, indicando o seu âmbito de incidência, bem como os critérios e parâmetros para a sua aplicação e, também, os seus efeitos.

A tarefa, então, passa a ser a construção do princípio do equilíbrio em si, o que requer especial ponderação com as necessidades de segurança jurídica, considerando-se que, antes de tudo, o contrato é um ato de previsão e, sendo assim, instrumento essencial e socialmente útil para a formalização das relações jurídicas patrimoniais. E, por essa razão, não pode estar sujeito a intervenções arbitrárias e injustificadas, bem como, em respeito à autonomia das partes, deve prevalecer o entendimento de que compete as mesmas a determinação do sinalagma ou equivalência entre as prestações, restando ao juiz, o exercício eventual e excepcional de uma função corretiva, legitimada na hipótese de constatação de desequilíbrio grave.

[5] Isso não significa que os contratos de natureza diversa, diga-se, contratos-tipo ou por adesão, unilaterais e aleatórios, não estejam sujeitos à incidência do princípio. Mas, apenas que, em virtude da necessária delimitação, optou-se por concentrar essa tese nos contratos onerosos, bilaterais e comutativos, sendo tecidas apenas breves considerações sobre os demais tipos.

O desafio, portanto, está em identificar o limite da autonomia privada em relação ao conteúdo dos contratos e, notadamente, ao sinalagma. Por um lado, considerando que a livre iniciativa é funcionalizada aos valores da pessoa e da solidariedade social, o sinalagma não pode ser expressão exclusiva da vontade dos particulares. Por outro, não seria razoável pretender a sua completa objetivação, seja porque uma restrição de tal ordem à liberdade não é condizente com um sistema democrático, seja porque seria de todo ineficaz.

Em conformidade com a hipótese e com a proposta acima apresentadas, o tema da tese é o princípio do equilíbrio funcional dos contratos. O qualificativo funcional foi adotado com o objetivo de indicar o caráter dinâmico do equilíbrio, o qual abarca toda a existência e especificidades do contrato, tomando-se em conta a complexidade da relação contratual em sua integralidade. Nessa perspectiva, o objetivo imediato da tese é oferecer contribuição para a sistematização do princípio do equilíbrio funcional dos contratos. Já a situação a ser enfrentada pela tese consiste na delimitação do alcance e conteúdo do princípio do equilíbrio funcional dos contratos, bem como do seu campo de incidência, a fim de permitir a sua aplicação autônoma e independente dos institutos positivados para esse fim, e da especificação dos efeitos possíveis quando do reconhecimento de um desequilíbrio injustificado.

O plano de trabalho para o cumprimento dessa empreitada divide a tese em duas partes, contendo três capítulos cada uma delas. Na primeira parte da tese, a qual compreende os capítulos 1, 2 e 3, delimita-se o ambiente jurídico para a construção do princípio do equilíbrio funcional dos contratos, com o objetivo de testar a hipótese central desta tese que é a compatibilidade e, até mesmo, presença implícita, do princípio do equilíbrio dos contratos com / no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a necessidade da sua sistematização para o fim de controle de conteúdo dos contratos. A segunda parte tese – capítulos 4, 5 e 6 – alberga o conteúdo dinâmico do princípio do equilíbrio funcional dos contratos, destinando-se à construção e sistematização do princípio em si, objetivo imediato desta tese.

Nessa ordem, utilizando a vontade como elemento central para a análise, o Capítulo 1 se dedica a estabelecer uma dialética entre a vontade e a justiça pelo conteúdo, desde a construção da teoria contratual clássica até a sua fragmentação. Essa revisitação contempla o contexto jurídico europeu, mas é especialmente feita em atenção às peculiaridades brasileiras, tendo por fim identificar a gradual flexibilização dos corolários da teoria contratual clássica, levada a cabo por procedimentos de objetivação dos contratos, tanto em prol da proteção dos contratantes quanto da própria utilidade do contrato.

O Capítulo 2 versa sobre os impactos da constitucionalização do direito nos contratos e na contratualidade, impondo verdadeira reconstrução da teoria contratual, em conformidade com o projeto constitucional. Inicialmente, faz-se um breve cotejo entre as previsões constantes da disciplina da ordem econômica nas diversas constituições brasileiras, privilegiando-se a análise da ordem econômica na Constituição de 1988, com especial destaque para o seu potencial transformador na seara contratual. Em seguida, e já com o propósito de sedimentar as bases teóricas para a construção do princípio do equilíbrio funcional dos contratos, discorre-se sobre a readequação do papel da autonomia como fonte e fundamento do contrato, bem como sobre a funcionalização dos institutos jurídicos e, nessa esteira, do contrato, aos novos valores prevalentes.

Encerrando a primeira parte da tese, o Capítulo 3, por intermédio do esclarecimento de alguns aspectos preliminares e instrumentais, de ordem prática e teórica, atende ao fim de identificação do espaço de normatividade do princípio do equilíbrio ou, em outros termos, responde a questão atinente à necessidade de sistematização do princípio do equilíbrio. Os aspectos teóricos enfrentados são: i) a convivência entre os princípios da função social, da boa-fé e do equilíbrio, com o objetivo primordial de identificar os pontos de interseção e de atuação exclusiva de cada um dos princípios e, ii) a revisitação dos institutos positivados pelo legislador e vocacionados ao combate do desequilíbrio, com o objetivo de identificar a insuficiência dos mesmos para um controle dinâmico e funcional do conteúdo dos pactos. Já os aspectos práticos foram extraídos da atuação jurisprudencial, a qual teve por fim identificar alguns critérios a serem considerados para a análise dos perfis do equilíbrio, bem como ilustrar a insuficiência das regras e institutos positivados para a concretização do princípio do equilíbrio.

O Capítulo 4 inaugura a segunda parte da tese – a qual corresponde ao objetivo imediato deste estudo –, apresentando o arcabouço instrumental para o desenvolvimento do princípio do equilíbrio. Nesse capítulo são apresentadas as ferramentas e os métodos teóricos escolhidos para a construção do princípio do equilíbrio, bem como a delimitação do objeto de análise, a qual circunscreve-se aos contratos comutativos. Identificam-se, como premissas instrumentais para o fim pretendido, (i) a causa objetiva, como método para a realização do procedimento de interpretação e qualificação do contrato, o qual é um pressuposto para a aferição do equilíbrio e, (ii) os perfis do equilíbrio, conferindo-se maior destaque ao perfil ou aspecto objetivo, o qual é avaliado, essencialmente, através da identificação do vínculo de correspectividade entre as prestações derivadas do contrato.

Em atenção à axiologia constitucional e, especialmente, a partir da compatibilização entre os princípios da livre iniciativa e da solidariedade social, o Capítulo 5, dedica-se ao desenvolvimento e sistematização dos aspectos teóricos específicos do princípio do equilíbrio funcional. Como ponto de partida para a consecução de tal tarefa, elege-se a liberdade efetiva, a qual é apresentada como pressuposto para a construção do princípio do equilíbrio. E, em conformidade com a alteração qualitativa da noção de justiça contratual, identifica-se, como fundamento do princípio do equilíbrio funcional dos contratos, a igualdade substancial e a solidariedade social, bem como a proporcionalidade, como conteúdo do referido princípio.

Por fim, o Capítulo 6, em atenção aos desafios a serem enfrentados na concretização do equilíbrio, quais sejam, a sua harmonização com a segurança jurídica, bem como a compatibilização entre os efeitos da liberdade contratual que são nocivos, com as vantagens decorrentes da mesma liberdade contratual, dedica-se à operacionalização do princípio do equilíbrio funcional dos contratos. Segundo a sistematização proposta, essa operacionalização observará três etapas sucessivas e complementares: i) aferição do equilíbrio/desequilíbrio; ii) qualificação do desequilíbrio como grave; e, iii) delimitação do espaço de atuação do magistrado em face de eventual desequilíbrio. Assim, são apresentados os critérios a serem utilizados pelo julgador para a aferição do equilíbrio, os quais resultam em uma combinação dos aspectos subjetivos da contratação com o parâmetro objetivo da proporcionalidade. Em seguida, discute-se os parâmetros necessários para a qualificação do desequilíbrio como grave, tendo em vista que, não será qualquer desequilíbrio que legitimará a atuação corretiva do magistrado. E, por fim, delimita-se o espaço de atuação do magistrado, elencando as possíveis medidas a serem adotadas diante de um contrato desequilibrado.

1. DIALÉTICA ENTRE VONTADE E JUSTIÇA PELO CONTEÚDO

1.1. Dialética entre vontade e justiça pelo conteúdo na construção da teoria contratual: o apogeu da vontade

1.1.1. O abandono dos institutos revisionistas

A ideia de trocas equilibradas é bastante antiga, ainda que a expressão equilíbrio contratual seja recente.[6] A partir de um resgate histórico, doutrina especializada aponta no Direito Romano as origens de institutos tais como a cláusula *rebus sic standibus* e a lesão.[7]

Sob a égide do direito romano, a possibilidade de revisão dos pactos talvez não gerasse maiores reações, seja por sua excepcionalidade, seja porque a característica mais ressaltada dos contratos nessa época era, sem dúvida, a série de formalidades que o cercavam, cuja observância se fazia estritamente obrigatória.[8] E, nesse contexto, como explica Clóvis V. Couto Silva, o rígido formalismo fez com que "a vontade fosse sempre considerada algo fático, não se reconhecendo, à sua autonomia, a posição de princípio jurídico".[9]

De fato, apesar de indícios anteriores,[10] os primeiros delineamentos da cláusula *rebus sic standibus* são reputados aos trabalhos dos canonistas medievais. Estes, nos séculos XII e

---

[6] Cf.: FIN-LANGER, Laurence. *L´équilibre contractuel.* t.366. Paris: LGDJ, 2002.

[7] Cf.: WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno.* 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

[8] Para um cotejo entre contrato no direito romano e no direito moderno, ver: MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano.* 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (e-book).

[9] COUTO E SILVA, Clovis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 25.

[10] A Lei 48 do Código de Hamurabi ("se alguém tiver um débito de empréstimo e uma tempestade prostrar os grãos ou a colheita for ruim ou os grãos não crescerem por falta d'água, naquele ano a pessoa não precisa dar ao seu credor dinheiro algum, ele devendo lavar sua tábua de débito na água e não pagar aluguel naquele ano"), por exemplo, indica condicionamento da obrigatoriedade dos pactos de longa duração à manutenção do estado de fato no qual havia se realizado a avença. A mesma *ratio* é identificada em uma passagem de Africano no Digesto (Digesto, livro XLVI, título III, 38. Africano, lib.7 de las Cuestiones: "Ley XXXVIII. *Cuando alguno estipuló que se le habia de dar a el o a Ticio, mas bien se há de decir que e Ticio se le puede pagar, si permanece em el mismo estado que tenia cuando se estipuló. Pero si se hubiese dado em adopción, o hubiese sido desterrado, o deportado, no se le podrá pagar; porque tacitamente parece que se comprendió em la estipulacon, si permaneciese em el mismo estado*"). Assim, apesar de inexistir um princípio geral de revisão dos contratos, desde tempos antigos, a fidelidade ao contrato não era invulnerável.

XIII, supunham implícita em todos os contratos de longa duração uma cláusula pela qual os contratantes se obrigavam ao pactuado somente se mantidas as condições iniciais da pactuação.

Maria Antonieta Lynch noticia que foi nos séculos seguintes, através dos trabalhos dos pós-glosadores e da Escola de Bolonha, que foi "erigida de maneira mais clara e precisa uma doutrina geral sobre a cláusula".[11] Complementarmente, Franz Wieacker aponta que, nesta época e, sobretudo, a partir da teoria de Bartolo (1314-1357), segundo a qual *contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro, rebus sic standibus intelligentur,* se deu o ponto de partida para o desenvolvimento e difusão da cláusula *rebus sic standibus* e, consequentemente, da submissão dos contratos a um controle de equidade.[12]

Posteriormente, Alciato (1482-1550) desenvolveu a primeira delimitação teórica sobre o assunto, o que contribuiu para o período áureo da cláusula entre fins do século XVI e século XVIII, quando a mesma entra em declínio com o surgimento das ideias individualistas, o apogeu do voluntarismo jurídico e, consequentemente, com a exacerbação do princípio *pacta sunt servanda*, de todo incompatível com a existência de uma cláusula implícita que exonerasse caso as circunstâncias fossem alteradas.[13]

Trilhar semelhante se verificou com o instituto da lesão. Apesar de algumas divergências entre os estudiosos do tema, usual é identificar na Lei Segunda do ano de 285 a sua primeira referência.[14] Como explica Caio Mário da Silva Pereira, em resposta a certa consulta formulada, teria sido afirmado: "Se tu ou teu pai houver vendido por preço menor uma coisa de maior preço, é equitativo que, restituindo tu o preço aos compradores, recebas o fundo vendido, intercedendo a autoridade do juiz, ou, se o comprador o preferir, recebas o que

---

[11] LYNCH, Maria Antonieta. Da cláusula *rebus sic standibus* à onerosidade excessiva. *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 184, out/dez. 2009, p. 7-19.

[12] WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno.* 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 85.

[13] Cf. CORDEIRO, Eros Berlin de Moura. *Da revisão dos contratos.* Rio de Janeiro: Forense, 2009; POTTER, Nelly. *Revisão e resolução dos contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

[14] A divergência repousa em ter o instituto surgido na Constituição do ano de 285 ou no Código de Justiniano (Livro IV, Tit. XLIV, L.2.). Sobre tal questão, Caio Mário da Silva Pereira pondera: "A pesquisa da fonte, de que provém o instituto da *laesio enormis* vai dar nesta alternativa: ou surgiu no terceiro século diretamente com a Constituição de Diocleciano e Maximiliano; ou apareceu no sexto século, com a compilação, mediante alteração num rescrito que não o continha. [...]. Neste terreno das suposições, e dentro da hipótese que supomos mais exata, o instituto da lesão teria surgido da interpolação dos textos, teria nascido no século sexto, criado verdadeiramente por Justiniano" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos.* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 23).

falta para o justo preço. Menor, porém presume-se o preço, se nem a metade do verdadeiro preço foi paga".[15]

Ainda segundo o mesmo autor, a Lei Oitava da Constituição do Ano de 294 retoma o tema, ressaltando ser razoável que o vendedor procurasse sempre vender por um preço maior e o comprador buscasse adquirir o bem por um preço menor e, sendo assim, resultando o preço final de discussão entre as partes e sendo o consentimento livre de dolo e coação, perfeito seria o contrato. Assim, "havendo o preço sido apenas um pouco menor – *hoc enim solum, quod paulo minore pretio fundum venditum significas* – nem a boa-fé, que ampara este contrato, nem qualquer outra razão justifica seja rescindido – *ad rescindendam venditionem invalidum est".*[16]

No direito posterior, contudo, como afirma Darcy Bessone,[17] a regra não foi conservada, só sendo restabelecida no Código de Justiniano, a partir do qual foi desenvolvida a *laesio enormis*, fundamentada na equidade e na necessidade. Ressalta-se que a lesão não era enquadrada como vício do consentimento e sua apreciação era calcada na desproporção objetiva entre as prestações contratuais. A ideia subjacente era a de que se a venda tivesse se dado por menos da metade do preço, seria equitativo (*humanum est)* o retorno ao *status quo* anterior.

Importante destacar que, não obstante o instituto da lesão ser aplicável, à época, apenas aos contratos de compra e venda, o direito romano evidenciava preocupação com o conteúdo dos pactos, bem como apego ao critério da equidade. A título de ilustração, nos contratos de mútuo com estipulação usurária o teto dos juros era fixado por lei, além de ser proibida a prática do anatocismo.[18]

---

[15] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos.* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 13.

[16] Ibid. p. 17.

[17] BESSONE, Darcy. *Do contrato:* teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 205.

[18] Como explica José Carlos Moreira Alves: "O contrato de mútuo com a *stipulatio usurarum* era muito comum em Roma. Daí as diversas disposições que, no curso da evolução do direito romano, encontramos sobre os juros. Já a Lei das XII Tábuas fixava a taxa legal máxima de juros, ao mês ou ao ano (não se sabe ao certo), em 1/12 do capital (8,33%). Posteriormente, várias leis se ocuparam dos juros, inclusive para proibir a sua cobrança (assim, a *Lex Genucia*, de 342 a.C., que proibiu a cobrança de juros, mas que teve duração efêmera). No final da república, a taxa legal máxima era 12% ao ano, o que persistiu até Justiniano, que a fixou em 6% ao ano, embora admitisse que, de acordo com a utilidade que os credores e os devedores poderiam tirar do dinheiro de que se viam privados ou que recebiam, ela pudesse variar para mais ou para menos. [...]. Por outro lado, a partir do século III d.C., a legislação imperial estabeleceu que a acumulação de juros não pagos não podia exceder o montante do capital mutuado, podendo ser repetida a soma paga, a título de juros, acima desse limite; Justiniano foi além, e estabeleceu que, ainda quando os juros fossem sendo pagos, deixariam de ser devidos no momento em que atingissem importância igual à do capital objeto do mútuo. Quanto ao *anatocismo* [...], a convenção que o estabelecia – e por força da qual os juros não pagos eram incorporados ao capital e passavam,

Posteriormente, a partir dos trabalhos da Escola de Bolonha, foi retomado o estudo do instituto da lesão, quando se deu a sua aproximação aos vícios do consentimento, sem, com isso, afastar o instituto da sua origem objetiva, posto que nas vendas por menos da metade do preço era presumido o dolo do comprador. Posteriormente, foi desenvolvida a ideia de justo preço e exigido o conhecimento deste pelo alienante, a fim de que a venda pudesse ser rescindida e, principalmente, expandiu-se o alcance do instituto para todos os contratos comutativos.

Assim como ocorreu com a cláusula *rebus sic standibus*, o instituto da lesão foi entrando em declínio com o surgimento das ideias individualistas e o dogma da vontade como fundamento maior da vinculação contratual. Nessa perspectiva, Georges Ripert, afirma que "a lesão no contrato não é, para o defensor da autonomia da vontade, senão a consequência fatal da luta dos interesses. [...]. O perigo da lesão é precalço da liberdade".[19]

A rigor, com as revoluções liberais dos séculos XVIII e XIX e a preocupação central voltada para estabilidade e certeza nas relações contratuais, o instituto da lesão foi bastante restringido – como se deu no *Code* francês, no qual a lesão foi enquadrada como vício do consentimento e para as hipóteses expressamente previstas[20] –, ou mesmo retirado dos Códigos que se seguiram, como se deu com Código Civil brasileiro de 1916.

Em um contexto marcado pelo individualismo jurídico,[21] a vontade é alocada na base da atuação individual e, no plano jurídico, traduz-se na intervenção mínima, no voluntarismo e no formalismo legalista. A rigor, a apreensão jurídica do individualismo, como forma específica de concepção do homem centrada na figura do indivíduo, ao mesmo tempo em que indica a sua faceta política e econômica, que vem a ser o liberalismo clássico, evidencia a ideia central de privilégio e superioridade do indivíduo em relação à coletividade.

---

conseqüentemente, a render juros – já era proibida por um *senatusconsulto* do tempo da república; Justiniano estendeu essa proibição à capitalização dos juros pagos" (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano.* 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (e-book)).

[19] RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis.* São Paulo: Saraiva, 1937, p. 116.

[20] Nesse sentido, Robert Joseph POTHIER afirma que "há imperfeição no consentimento da parte lesada, posto que não concordou em dar o que prometeu no contrato senão pela falsa suposição de que recebia em troca do que estava dando aquilo que valia tanto quanto o que dava: e não estaria disposto a dar o que prometeu se tivesse conhecimento de que aquilo que receberia pelo prometido valia menos" (*Tratado das Obrigações.* Campinas: Servanda, 2001, p. 55).

[21] O individualismo, partindo do reconhecimento de direitos inatos e anteriores ao próprio Estado, consolida-se, imbuído da premissa segundo a qual "o homem é considerado naturalmente livre e nada pode sujeitá-lo a qualquer poder terreno senão sua própria vontade" (BRAGATO, Fernanda. Individualismo (verbete). In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito.* Rio de Janeiro e São Leopoldo: Renovar e Unisinos, 2009, p. 468-471, p.468).

Tal contexto individual-liberal é refletido nas construções jurídicas do período, sobretudo nas codificações oitocentistas[22] e no desenvolvimento, por via de consequência, da teoria clássica contratual. A essa altura, o "grande princípio não é já *rebus sic standibus*, é *pacta sunt servanda*. Em tudo se exalta à vontade, na autonomia da vontade, no contrato como acordo de vontades, no direito subjetivo como poder de vontade".[23]

A obrigatoriedade dos contratos deixa de estar fundada na forma e na moral religiosa, passando a ser regra fundada na razão e na vontade livre.[24] Em termos mais objetivos, as formalidades típicas do direito romano são substituídas, em larga escala, pelo consensualismo[25] e, à vinculação moral, própria do direito canônico, sobrepõe-se a razão.

De fato, a consagração do princípio do consensualismo sintetiza essa transição, na medida em que representa a alocação da vontade como fonte das obrigações privadas: *"la voluntad todo-poderosa y autossuficiente capaz de crear uma microsfera normativa para reger la relación contractual particular"*.[26] Se é verdade que usualmente não se encontra expressa previsão do princípio do consensualismo nas legislações privadas, tal ausência, somada a inexigibilidade, como regra, de forma específica para a declaração da vontade negocial, acaba por consagrar o princípio.[27]

A título de ilustração, o Código Civil francês de 1804, em seu artigo 1.108, ao estabelecer as condições para a validade de um contrato, não trouxe qualquer exigência de forma. Já na experiência jurídica brasileira, ambos os Código Civis, de 1916 e de 2002,

---

[22] Eugênio FACCHINI NETO afirma que o *Code* francês foi obra "da burguesia revolucionária, que pretendia edificar uma sociedade baseada sobre os princípios da igualdade e da liberdade dos cidadãos. Apoiava-se, também, na convicção iluminista e jusracionalista de que era possível construir uma nova sociedade, totalmente remodelada e renovada, por meio da obra racionalizante da legislação" (*Code civil* francês: gênese e difusão de um modelo. *Revista de Informação Legislativa*, ano 50, n.198, abr/jun./2013, p.59-88, p. 68).

[23] ASCENSÃO, José de Oliveira. A nova teoria contratual. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG,* n. 52. Belo Horizonte, jan/jun. 2008. p. 97-126, p.99-100.

[24] "A valorização da razão determinou então a consagração da vontade como elemento principal do contrato, que passou a fundamentar não só a sua gênese, mas também a legitimação do seu poder vinculante, o que pode facilmente ser percebido nas principais codificações da época" (FIUZA, César; ALMEIDA, Renata Barbosa de; LEITE RIBEIRO, Gustavo Pereira. Uma nova contratualidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n.53. Belo Horizonte, jul/dez. 2008, pp.11-44, p. 18).

[25] Segundo Vera Helena de Mello Franco, o conceito moderno de contrato funda-se no princípio *solus consensus obligati.* (FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria Geral do Contrato:* confronto com o direito europeu futuro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 25).

[26] Tradução livre: "a vontade toda poderosa e autossuficiente capaz de criar uma microsfera normativa para regre a relação contratual" (FORTICH, Silvana. *Solus consensus obligat*: principio general para el derecho privado de los contratos. *Revista de Derecho Privado*, n. 23. Bogotá, 2012, p. 191-207, p. 192. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo>. Acesso em 10 mar. 2015).

[27] AMARAL, Francisco. *Direito Civil:* Introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 422.

positivaram a exigência de forma como exceção,[28] o que significa a consagração do consensualismo, através do princípio da liberdade de formas. Em redações muito semelhantes, ambas as legislações brasileiras condicionaram a validade dos atos jurídicos à capacidade do agente, licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto (sendo esses dois últimos qualificadores presentes apenas no Código Civil de 2002) e à observância de forma prescrita ou não defesa em lei. E, em disposições posteriores, expressamente determinaram que a validade das declarações de vontade não dependeria de forma especial, salvo nas hipóteses expressamente determinadas por lei.[29]

Em síntese, as codificações oitocentistas, sendo o Código Civil francês o maior expoente, bem como as codificações posteriores por ele influenciadas, refletiram o pensamento individual-liberal, assumindo, portanto, o compromisso de garantir as liberdades civis, o que explica o papel central ocupado pela autonomia da vontade e a sua estreita ligação com o princípio do consensualismo.

A rigor, o apogeu da autonomia da vontade e do voluntarismo jurídico representou o reconhecimento da liberdade natural do homem, ao passo que o princípio do consensualismo expressava tal máxima, ao evidenciar que o homem não só era o dono da sua vontade, mas também, da forma de expressá-la. E, nesse cenário, "o contrato apresenta-se nos códigos modernos como um esquema estrutural, no qual se pode inserir qualquer conteúdo (de natureza econômica), desde que lícitos".[30]

Nessa época, usualmente apresentada como a fase do apogeu do voluntarismo, os sistemas jurídicos inspirados pela ideologia do individual-liberalismo concentravam seus esforços na realização e proteção dessa vontade. Nessa perspectiva, o contrato foi conceituado como o acordo livre de vontades, apto a criar, modificar ou extinguir obrigações. Acordo nascido da liberdade e tendo como consequência direta a obrigatoriedade.[31]

---

[28] Cf.: Art. 82, CC 16. A validade do ato jurídico requer agente capaz (art. 145, I), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145).
Art. 104, CC 2002. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

[29] Art. 129, CC 16. A validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir (art. 82).
Art. 107, CC 2002. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

[30] FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria Geral do Contrato:* confronto com o direito europeu futuro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 25.

[31] César Fiuza ilustra tais características centrais do contrato moderno, citando vários dispositivos dos códigos oitocentistas: "O Código Civil francês, em seu art. 1.101, determinou que "le contrat est une convention par

A fim de ilustrar o alcance da obrigatoriedade e intangibilidade do contrato nessa época, mesmo diante de efetivo desequilíbrio objetivo e, consequentemente, prejuízo notório de uma das partes, cita-se o caso do Canal de Craponne, julgado em 06 de março de 1876, pela Corte de Cassação francesa, no qual discutia-se a possibilidade de majoração do preço, defasado por séculos, pago pelos beneficiários de um canal de irrigação, construído em 1567.

Em síntese, Adam de Craponne se obrigou, em junho de 1567, a construir um canal de irrigação e realizar a sua manutenção ao longo do tempo, tendo sido acertado o pagamento de certa quantia fixa pela obra, bem como uma contrapartida periódica, a ser paga pelos beneficiários do canal, como retribuição pela manutenção do mesmo. Essa última importância foi se depreciando com o passar dos anos, de sorte que em 1778, por meio de um relatório técnico já se indicava a impossibilidade de manutenção do canal, caso o valor pago não fosse majorado.

A questão foi levada à juízo e, em 31/12/1873, a Corte de Apelação de Aix determinou um aumento módico do valor da prestação, sob a justificativa de que a regra segundo a qual as convenções legalmente formadas teriam natureza de lei para as partes, de sorte que o acordo só pudesse ser modificado por mútuo consentimento, não valeria para contratos que de natureza sucessiva.[32] Essa decisão foi cassada por sentença proferida em 06/03/1876 pela

---

laqualle une ou plusieurs personnes s´obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire, ou à ne pás faire quelque chose". E, no seu art. 1.134, complementou que "le contrat est une convention par laqualle une ou plusieurs personnes s´obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire, ou à ne pás faire quelque chose". O Código Civil italiano, de 1865, no seu art. 1.098, estabeleceu que "il contratto è l´accordo di due o più persone per costituire, regolare o scioglere un vincolo giuridico". O Código Civil português, de 1867, em seu art. 641, enunciou que "a obrigação". E, no seu art. 702, estabeleceu que "os contratos legalmente celebrados devem ser pontualmente cumpridos; nem podem ser revogados ou alterados, senão por mútuo consentimento dos contraentes, salvo as excepções especificadas em lei". O Código Civil espanhol, de 1889, em seu art. 1.254, dispôs que "el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra ou otras, a dar alguma cosa o prestar algún servicio". E, no seu art. 1.091, assinalou que "las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deden cumplirse al tenor de los mismos". O Código Civil argentino, de 1869, no seu art. 1.137, por inspiração das lições de Teixeira de Freitas, determinou que apenas "hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos". E, no art. 1.197, consignou que "las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma" (FIUZA, César; ALMEIDA, Renata Barbosa de; LEITE RIBEIRO, Gustavo Pereira. Uma nova contratualidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n.53. Belo Horizonte, jul./dez. 2008, p.11-44, p. 18).

[32] "Attendu que si les conventions légalement formées tiennent lieu de loi aux parties et si elles ne peuvent être modifiées que du consentement commun, il n'en est pas de même pour les contrats qui ont un caractère successif ; — Qu'il est reconnu, en droit, que ces contrats, qui reposent sur une redevance périodique, peuvent être modifiés par la justice, lorsqu'il n'existe plus une corrélation équitable entre les redevances d'une part et les charges de l'autre ; que, dans l'espèce, la redevance due par les arrosants représente la jouissance successive des eaux du canal, ayant pour corrélatif l'entretien et les dépenses de ce même canal ; que du jour où cette égalité cesse, la loi primitive du contrat est rompue et qu'il appartient aux tribunaux de rétablir l'égalité primitive" (disponível em: < https://www.courdecassation.fr/IMG///C_arret_18760306_.pdf > Acesso em: 03/01/2016).
Tradução livre: "Considera-se que, se as convenções legalmente formadas têm força de lei para as partes e se elas somente podem ser modificadas sob consentimento comum, o mesmo não ocorre com os contratos que

Corte de Cassação francesa, sob o fundamento principal do artigo 1.134 do *Code*. Na ocasião, foi expressamente declarado que a regra contida no dispositivo (de que o contrato vale como lei entre as partes) é geral, absoluta e rege os contratos cuja execução se estenda no tempo, de igual modo que os de qualquer outra natureza e, que, em nenhuma hipótese competiria aos tribunais, por maior que fosse a equidade que inspirasse a decisão, levar em consideração o tempo e as circunstâncias para modificar as convenções das partes e substituí-las por outras.[33]

---

possuem um caráter sucessivo; — É reconhecido legalmente que esses contratos, amparados por um pagamento periódico, podem ser modificados pela justiça quando não houver uma correlação justa entre o pagamento feito por uma das partes e as obrigações da outra parte; nesse caso, o pagamento devido pela parte pagadora representa o usufruto sucessivo das águas do canal, tendo por correlativos a manutenção e o custeio desse mesmo canal; e, no dia em que essa igualdade cessa, a lei primitiva do contrato é rompida e compete aos tribunais restabelecer a igualdade primitiva".

[33] Arrêt: — Attendu qu'il résulte des déclarations de l'arrêt attaqué que les travaux qu'il prescrit doivent être exécutés dans l'intérêt des parties, afin, d'une part, de mesurer la quantité d'eau que les hoirs de Galliffet doivent livrer aux arrosants, et, d'autre part, de remédier à des abus de jouissance commis par ceux-ci ; — Que la moitié de la dépense totale mise à la charge de chacune des parties représente donc, dans l'appréciation souveraine de la cour d'appel, le montant des frais qui incombent à cette partie pour l'exécution de ses obligations personnelles, et non une portion des frais dont est tenu son adversaire ; — D'où il suit qu'en faisant masse de toutes les dépenses nécessaires pour rétablir respectivement les parties dans leurs droits et en les condamnant à payer ces dépenses par égale portion, la cour d'Aix n'a commis aucun excès de pouvoir, et n'a violé ni l'article 1134, ni l'article 1135 du Code civil ; — Rejette ce moyen ; Mais, sur le premier moyen du pourvoi : — Vu l'article 1134 du Code civil ; — Attendu que la disposition de cet article n'étant que la reproduction des anciens principes constamment suivis en matière d'obligations conventionnelles, la circonstance que les contrats dont l'exécution donne lieu au litige sont antérieurs à la promulgation du Code civil ne saurait être, dans l'espèce, un obstacle à l'application dudit article ; — Attendu que la règle qu'il consacre est générale, absolue, et régit les contrats dont l'exécution s'étend à des époques successives de même qu'à ceux de toute autre nature ; — Que, dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants ; — Qu'en décidant le contraire et en élevant à 30 centimes de 1834 à 1874, puis à 60 centimes à partir de 1874, la redevance d'arrosage, fixée à 3 sols par les conventions de 1560 et 1567, sous prétexte que cette redevance n'était plus en rapport avec les frais d'entretien du canal de Craponne, l'arrêt attaqué a formellement violé l'article 1134 ci-dessus visé ; — Par ces motifs, casse... (disponível em: < https://www.courdecassation.fr/IMG///C_arret_18760306_.pdf > Acesso em: 03/01/2016).
Tradução livre: "Sentença: Trata-se de embargos contra o acórdão impugnado ao deliberar que os trabalhos que ele prescreve devem ser executados atendendo ao interesse das partes, a fim de, por um lado, medir a quantidade de água que os herdeiros diretos de Galliffet devem entregar aos pagadores e, por outro lado, de remediar abusos cometidos por aqueles que se beneficiam do referido recurso; — Considera-se igualmente que a metade da despesa total estipulada a cada uma das partes representa portanto, na apreciação soberana do Tribunal de Segunda Instância, o montante dos gastos que são incumbidos a essa parte para a execução de suas obrigações pessoais, e não apenas uma porção dos gastos que são obrigatórios ao seu adversário. — Desse modo, ao sentenciar o pagamento integral de todas as despesas necessárias para restabelecer respectivamente as partes em seus direitos e ao condená-los a pagar as despesas por igual porção, a Corte d'Aix não cometeu nenhum abuso de poder, e não violou o artigo 1134, nem o artigo 1135 do Código Civil; — Julga improcedente o fundamento; Mas, sobre o primeiro fundamento do recurso: — Visto o artigo 1134 do Código Civil; — Considera-se que a disposição desse artigo é apenas a reprodução dos antigos princípios constantemente seguidos em matéria de obrigações convencionais, a circunstância, que os contratos cuja execução acarreta litígio são anteriores à promulgação do Código Civil, não deve ser, nesse caso, um obstáculo à aplicação do referido artigo; — Considera-se que a regra que ele consagra é geral, absoluta, e rege os contratos cuja execução se estende a épocas sucessivas assim como àqueles de qualquer outra natureza; — Desse modo, em nenhum caso, cabe aos tribunais, por mais equitativa que possa parecer a sua decisão, de levar em consideração o tempo e as circunstâncias para modificar as convenções das partes e substituir as cláusulas novas àquelas que foram livremente aceitas pelos contratantes; — Ao decidir o contrário e ao elevar a 30 centavos de 1834 a 1874, em seguida a 60 centímetro a partir de 1874, o pagamento do dinheiro, fixado em 15 centavos pelas convenções de

1.1.2. Os alicerces da teoria contratual clássica

A concepção clássica de contrato e a teoria construída para abarcá-lo parte de dois pressupostos: igualdade e liberdade. A rigor, o enaltecimento da vontade e da liberdade pressupunha e justificava-se na igualdade entre os contratantes, ambos aptos a zelar por seus próprios interesses. Da junção desses pressupostos – igualdade e liberdade – derivava a máxima se é contrato, é 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".[34]

Assim, o direito privado e, especificamente, o direito contratual, a partir do século XIX, ergue-se sob a base do princípio da autonomia, resultante da junção da vontade com a liberdade. Assim, a fonte primordial do direito privado encontrava-se no próprio indivíduo e em sua liberdade.[35] Nessa perspectiva, a autonomia era compreendida como verdadeiro dogma, "colocando-se como a marca do valor da liberdade individual".[36]

De fato, pelo princípio da autonomia da vontade ou da liberdade de contratar,[37] assegurava-se a plena liberdade ao indivíduo na autodeterminação dos seus interesses, restando apenas parcos limites externos a tal liberdade.[38] Tais limites foram construídos tendo

---

1560 e 1567, sob alegação de que esse pagamento não estava mais relacionado com as despesas de manutenção do canal de Craponne, a sentença embargada violou formalmente o artigo 1134 acima visado; — Pelos fundamentos expostos, anula..."

[34] Trata-se da explicação de Darcy BESSONE para amáxima presente na doutrina clássica e não do seu posicionamento. (*Do contrato:* teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 25).

[35] SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.135-162, p.136.

[36] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 17.

[37] O fato de ambas as expressões – autonomia da vontade e liberdade de contratar – serem usualmente utilizadas de forma indistinta para denotar esse amplo espaço para atuação do particular imune a maiores restrições, indica a retroalimentação, na seara contratual, estabelecida entre os dois princípios. Como observado por Álvaro Villaça AZEVEDO, "a vontade é autônoma ao exteriorizar-se e, ao fazê-lo, reafirma a liberdade do homem na programação dos seus interesses" (*Teoria geral dos contratos típicos e atípicos.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 12). Contudo, não se olvida que a liberdade de contratar é apenas um dos meios para concretização da autonomia, não esgotando esta última noção, posto que muito mais abrangente.

[38] Como observa Enzo ROPPO: "[...] afirmava-se que a conclusão dos contratos, de qualquer contrato, devia ser uma operação absolutamente livre para os contratantes interessados: deviam ser estes, na sua soberania individual de juízo e de escolha, a decidir se estipular ou não estipular um certo contrato, a estabelecer se concluí-lo com esta ou com aquela contraparte, a determinar com plena autonomia o seu conteúdo, inserindo-lhe estas ou aquelas cláusulas, convencionando este ou aquele preço. Os limites a uma tal liberdade eram concebidos

por pressuposto a igualdade formal e com a finalidade de proteger a propriedade privada sob dois vieses: o patrimônio de terceiros e o patrimônio do próprio sujeito negociante.

Sob o viés da proteção ao patrimônio de terceiros, aos sujeitos capazes de fato era consentida ampla liberdade de atuação na vida civil, limitada por parcas normas de ordem pública e pelo direito do outro. Tais restrições significavam que, se no exercício de sua liberdade, um sujeito capaz invadisse a esfera de proteção jurídica de um terceiro, causando-lhe danos, nasceria a obrigação sucessiva da responsabilidade.

Já pelo viés da proteção ao patrimônio do próprio sujeito negociante, os incapazes de fato não poderiam realizar pessoalmente os atos da vida civil, sendo necessário, como requisito de validade dos mesmos, a representação legal ou assistência. A justificativa para tal repousa em dois fatores: a falta de discernimento e a desigualdade perante o outro negociante, o que, conjuntamente, colocaria em risco o próprio patrimônio.[39] Essa desigualdade não era admitida em virtude da fórmula clássica de justiça no contrato, resultado tido como inexorável, do somatório da liberdade e da igualdade, como já mencionado.

Nesse contexto, a autonomia da vontade foi tida como princípio fundamental da teoria contratual, posto que seria o próprio alicerce para a existência do contrato. A criação do vínculo jurídico contratual dependia do ato de autonomia, do exercício da liberdade direcionado ao estabelecimento daquele vínculo obrigacional específico. E, exatamente por isso, tal vínculo tornava-se obrigatório e, por ser vocacionado para a auto-regulamentação dos interesses próprios, tinha força de lei entre aqueles que livremente optassem por obrigar-se.

A rigor, como ressalta Pietro Perlingieri, a concepção da autonomia como dogma e valor justificava-se na necessidade de preservação da igualdade meramente formal, visto que "somente com a garantia da auto-regulamentação concedida a cada um, abstratamente considerado, prescindindo das condições ou das circunstâncias individuais seria possível manter a igualdade de tratamento".[40]

---

como exclusivamente negativos, como puras e simples proibições; estas deviam apenas assinalar, por assim dizer, do exterior, as fronteiras, dentro das quais a liberdade contratual dos indivíduos podia expandir-se em estorvos e sem controles. Inversamente, não se admitia, por princípio, que a liberdade contratual fosse submetida a vínculos positivos, a prescrições tais que impusessem aos sujeitos, contra a sua vontade, a estipulação de um certo contrato, ou a estipulação com um sujeito determinado, ou por um preço ou em certas condições: os poderes públicos – legislador e tribunais – deviam abster-se de interferir, a que título fosse, na livre escolha dos contraentes privados" (*O contrato.* Coimbra: Almedina, 2009, p. 32-33).

[39] Neste sentido, Enzo ROPPO adverte: "E a lei dispõe que os incapazes de agir não podem validamente concluir contratos. A limitação que, deste modo, se estabelece à atividade econômico-jurídica destes sujeitos, não é com intenção de prejudica-los, mas sim defende-los, de modo preventivo, contra a possibilidade de se prejudicarem, inconscientemente, por suas próprias mãos: trata-se de uma típica *incapacidade de proteção*" (Ibid. p. 227).

[40] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 277-278.

O conteúdo da vontade, manifestado pelo exercício dessa ampla liberdade de contratar,[41] não sofria, de fato, controle estatal,[42] na medida em que não havia interesse na verificação de o contrato ser justo ou injusto, mas, apenas, no controle da licitude. Importante era assegurar a vontade livre, invalidando os pactos resultantes da vontade viciada. A justiça contratual resultava, portanto, do próprio processo de formação do contrato. As partes eram deixadas livres para estabelecerem a fórmula do equilíbrio dos pactos que celebravam. E, exatamente porque o conteúdo do contrato era livremente acordado, ficava, via de regra, imune a qualquer controle de conteúdo.

Como adverte Enzo Roppo, 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".[43] Não surpreende, portanto, que a lei não estabelecesse critérios que assegurassem trocas justas e proporcionais, bem como não autorizasse a interferência do juiz para alterar a fórmula econômica do contrato, ainda que notadamente injusta.

As premissas da igualdade e da liberdade justificaram ainda o princípio da relatividade, bem como, sedimentaram, àquele tempo satisfatoriamente, o princípio da obrigatoriedade e/ou da intangibilidade do contrato.

As raízes do princípio da relatividade (*inter alios acta*) se encontram e justificam na necessidade de personalização do vínculo, limitando os efeitos dos pactos àqueles que foram unidos por ele, e no reconhecimento da vontade como origem da obrigação contratual.[44] Esse princípio não foi expressamente positivado no ordenamento jurídico brasileiro, mas, desde sempre foi adotado, seja por meio da utilização, a *contrario sensu*, do artigo 928 do Código Civil de 1916 que estabelecia que "a obrigação não sendo personalíssima, opera, assim entre

---

[41] A liberdade de contratar, segundo Orlando Gomes, manifesta-se de seis modos: liberdade de contratar ou deixar de contratar; de determinar as cláusulas do contrato; de negociar o seu conteúdo; de modificar o regime legal do contrato nas suas normas dispositivas ou supletivas; de escolher o outro contratante; e, liberdade de celebrar contratos atípicos (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 62).

[42] Eros Grau afirma que a concepção clássica do contrato está fundada na liberdade das partes e pressupõe a limitação da atuação do Estado: "o Judiciário não pode intervir para questionar o conteúdo do contrato, devendo limitar-se a confrontar o comportamento das partes com o que a lei prescreve" (GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? *Revista Crítica Jurídica*, n.18, jun/2001, p. 3).

[43] ROPPO, Enzo. *O contrato.* Coimbra: Almedina, 2009, p. 247-248.

[44] O artigo 1.165 do Código Civil francês de 1804 determinava: "*les conventions n´ont d´effet qu´entre les parties contractantes".* Em tradução livre: "as convenções não produzem efeitos que não entre as partes contratantes".

as partes, como entre seus herdeiros", seja porque, como explica Paulo Nader, "a limitação dos efeitos às partes contratuais não chega a ser uma construção jurídica, mas assimilação de prática intuitiva, observada espontaneamente pela generalidade das pessoas nas relações sociais mais simples".[45]

Ademais, como observado por Caitlin Mulholland, trata-se de consectário do princípio da autonomia da vontade, já que a "liberdade contratual, realizada através da manifestação de vontade no sentido de concluir um contrato [...] seria a justificadora do princípio da relatividade". [46] Isso porque, tal como formulado, o princípio tem duas funções específicas: delimitar o núcleo subjetivo do contrato e determinar a eficácia do mesmo. Assim, por esse princípio, identificava-se e limitava-se o efeito obrigatório do contrato àqueles que no exercício de suas liberdades individuais, manifestaram vontade no sentido de contrair determinados direitos e obrigações através do vínculo jurídico contratual.[47]

Por essa construção, *parte* seria aquele que se encontrava vinculado ao contrato, por força de sua declaração de vontade, e *terceiro,* por exclusão, seria todo aquele que não é parte, ou seja, que não declarou a sua vontade a favor da constituição do vínculo obrigacional. Já o núcleo objetivo, base de concreção do princípio, delimitaria a eficácia e a oponibilidade do contrato, ou seja, o conjunto de consequências derivadas do vínculo contratual. Em síntese, "somente aquilo que uma das partes contratantes estipula para si mesma e aquilo que uma delas promete à outra pode ser objeto dos contratos: *alteri stipulari nemo potest*".[48]

Finalizando a tríade contratual clássica, o princípio da obrigatoriedade (*pacta sunt servanda*) traduz a regra de que o contrato é lei entre as partes. É possível destrinchar o princípio da obrigatoriedade em dois substratos que se complementam e retroalimentam: a obrigatoriedade *stricto senso* e a intangibilidade. O primeiro significa que as cláusulas convencionadas têm força de lei entre as partes *(lex inter pars)*, sendo esta máxima "pedra

---

[45] NADER, Paulo. *Curso de direito civil*: contratos. v. 3. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 9.

[46] MULHOLLAND, Caitlin. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.255-280, p. 258-259.

[47] "Esta conformação das partes contratantes ao conteúdo do contrato é, para a teoria clássica, como já ressaltado, a mais pura demonstração da autonomia da vontade dos sujeitos. Retira-se, destarte, desta noção primeira, que o contrato somente deverá surtir efeito, ou ser eficaz, entre as partes que tenham compactuado neste sentido, significando que aqueles que não tenham interferido na relação contratual de forma direta não poderiam ser alcançados pelos efeitos imediatos do contrato" (MULHOLLAND, Caitlin. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.255-280, p. 259).

[48] POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das Obrigações.* Campinas: Servanda, 2002, p. 70.

angular da segurança do comércio jurídico",[49] na medida em que as cláusulas contidas no contrato, salvo alguma hipótese de invalidade do mesmo, expressariam comandos imperativos, restando as partes obrigadas ao seu irrestrito cumprimento.

Nesse sentido da obrigatoriedade foi expressamente previsto no *Code* francês, que determinava em seu artigo 1.134 que as convenções legalmente formadas tinham força de lei entre aqueles que as celebravam ("*les conventions n´ont légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites").*[50] Segundo Georges Ripert,[51] neste artigo o *Code* afirma todo o poder da vontade humana criadora de obrigações. Igualmente, o Código Civil italiano de 1865 dispunha que *"I contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti*".[52] No ordenamento brasileiro, apesar de inexistir dispositivo expresso nesse sentido – seja no Código Civil de 1916, seja no de 2002 –, a sanção imposta para o inadimplemento culposo, ou seja, ausente o caso fortuito ou força maior, abriga o princípio.

Já pelo substrato da intangibilidade ao juiz não seria consentido intervir no pactuado que apenas poderia ser desfeito ou modificado por nova manifestação de vontade daquelas mesmas partes contratantes (intangibilidade). Pietro Perlingieri explica que tal blindagem calca-se no dogma do paralelismo das fontes, "pelo qual o que nasceu por contrato, por livre vontade das partes, só pode ser modificado ou extinto pela vontade igualmente livre e comum das próprias partes".[53] Orlando Gomes acrescenta que, em virtude da intangibilidade, eventual atuação judicial seria para a decretação da nulidade ou da resolução do contrato, nunca para alterar o seu conteúdo.[54]

---

[49] GOMES, Orlando. *Contratos.* 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 36.

[50] Tradução livre: "as convenções legalmente formadas têm força de lei para aqueles que as fizeram".

[51] Afirma ainda o autor: "Para quem se lembra do culto da lei durante o período revolucionário, esta fórmula parece extraordinariamente forte. Para chegar a esta concepção da vontade soberana, criando ela própria e unicamente pela sua força direitos e obrigações, foi preciso que na obra lenta dos séculos a filosofia espiritualizasse o direito para desembaraçar a vontade pura das formas materiais pelas quais se dava, que a religião cristã impusesse aos homens a fé na palavra escrupulosamente guardada, que a doutrina do direito natural ensinasse a superioridade do contrato, fundando a própria sociedade sobre o contrato, que a teoria do individualismo liberal afirmasse a concordância dos interesses privados livremente debatidos sobre o bem público. Pôde então reinar a doutrina da autonomia da vontade que é ao mesmo tempo o reconhecimento e o exagero do poder absoluto do contrato" (RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis.* São Paulo: Saraiva, 1937, p. 42-43.).

[52] Tradução livre: "os contratos legalmente formados têm força de lei para aqueles que o celebraram".

[53] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 278.

[54] GOMES, Orlando. *Contratos.* 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 36.

Diversas são as justificativas possíveis para o princípio da obrigatoriedade. Inicialmente destaca-se a usual correlação com a regra moral: "a palavra dada deve ser mantida, a promessa deve ser cumprida, ainda que custe".[55] Essa regra moral encontra juridicidade na constatação de que o contraponto da liberdade é a responsabilidade.[56] E, sendo assim, a explicação para o princípio seria até mesmo intuitiva, como a consequência lógica e necessária do reconhecimento da força jurígena da palavra. Como explica Paulo Nader, "se aos particulares é atribuído o poder de criar o seu próprio dever ser, contraditório seria o não provimento da obrigatoriedade às cláusulas contratuais".[57]

Nessa perspectiva, Karl Larenz entende que a obrigatoriedade repete a própria noção de contrato: "*la regla pacta sunt servanda se limita a expressar lo que el concepto de contrato quiere decir. A saber, que em él se obligan dos (o más) partes reciprocamente, cada uma frente a la outra, de um determinado modo*".[58]

Por outro lado, a fundamentação na autonomia é com frequência referida ao exercício da liberdade, no sentido de que uma vez tendo o sujeito optado livremente por contratar, assumira, de forma irrevogável, as consequências advindas daquele compromisso. Nesse sentido, se o ato de vincular-se mediante a celebração de um contrato era livre, o cumprimento do pactuado, por decorrer de ato livre de vontade, tornava-se obrigatório.

---

[55] GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 26.

[56] "À liberdade, como se viu, tendencialmente ilimitada, de contratar ou de não contratar, de contatar nestas ou naquelas condições, no sistema, por outro lado, correspondia, como necessário contraponto desta, uma tendencialmente ilimitada responsabilidade pelos compromissos assim assumidos, configurados como um vínculo tão forte e inderrogável que poderia equiparar-se à lei. [...] Cada um é absolutamente livre de comprometer-se ou não, mas, uma vez que se comprometa, fica ligado de modo irrevogável à palavra dada: pacta sunt servanda. Um princípio que, além de indiscutível sustância ética, apresenta também um relevante significado económico: o respeito rigoroso pelos compromissos assumidos é, de facto, condição para que as trocas e as outras operações de circulação de riqueza se desenvolvam de modo correcto e eficiente segundo a lógica que lhes é próprio, para que se não frustrem as previsões e os cálculos dos operadores; condição necessária, assim, para a realização do proveito individual de cada operador e igualmente para o funcionamento do sistema no seu conjunto" (ROPPO, Enzo. *O contrato.* Coimbra: Almedina, 2009, p. 34-35).

[57] NADER, Paulo. *Curso de direito civil: contratos.* v. 3. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 27. No mesmo sentido, Luiz Roldão de Freitas Gomes afirma que "O princípio da força obrigatória contém ínsita uma ideia que reflete o máximo de subjetivismo que a ordem legal oferece: a palavra individual, enunciada na conformidade da lei, encerra uma centelha de criação, tão forte e tão profunda, que não comporta retratação, e tão imperiosa que, depois de adquirir vida, nem o Estado mesmo, a não ser excepcionalmente, pode intervir, com o propósito de mudar o curso de seus efeitos" (GOMES, Luiz Roldão de Freitas, op. cit., p. 41).

[58] LARENZ, Karl. *Derecho justo:* fundamentos de ética jurídica. Madri: Civitas, 2001, p. 67.
Tradução livre: "a regra pacta sunt servanda se limita a expressar o que o conceito de contrato quer dizer. A saber, que por ele se obrigam duas (ou mais) partes reciprocamente, cada uma frente à outra, de determinado modo".

Por fim, e de forma complementar, apresenta-se o argumento da segurança jurídica e da tutela do patrimônio, visto que o contrato foi, neste momento, concebido como instrumento próprio para a circulação segura de riquezas na sociedade. Sendo assim, o fundamento de ordem econômica e social justificava-se, posto que "o crédito, sobre o qual repousa a vida dos negócios, desapareceria com a confiança em que se funda, se o credor não estivesse seguro de que o devedor estaria sujeito à execução de sua promessa".[59]

Por todo o exposto, o direito moderno e a teoria contratual desenvolvida neste contexto, aloca a vontade individual no centro do direito privado, consagrando a sua força jurídica. O positivismo legalista que surge a partir de então passa a se ocupar, no âmbito circunscrito em análise, de garantir a validade da vontade livremente declarada, bem como dos efeitos obrigatórios decorrentes.

A consequência direta dessa super valoração da vontade foi a abstração dos elementos fundamentais do contrato, especialmente os sujeitos e o conteúdo. Os sujeitos, abstratamente considerados, eram iguais. Tal igualdade (formal) garantia a todos a capacidade de contrair direitos e obrigações, conferindo aparente legitimidade a todas as relações estabelecidas, ainda que desiguais.[60]

O conteúdo foi resumido, em larga escala, ao objeto, ao qual era exigido apenas a licitude, possibilidade e determinabilidade. Não havia preocupação efetiva com o conteúdo da relação, com o equilíbrio das prestações assumidas, posto que este era um dado pressuposto ou uma consequência única dos pactos, uma vez preenchidos os seus requisitos formais.[61]

A fim de sintetizar o que foi até aqui exposto, destaca-se a condensação feita por Georges Ripert:[62]

> Para quem se lembra do culto da lei durante o período revolucionário, esta fórmula parece extraordinariamente forte. Para chegar a esta concepção da vontade soberana, criando ela própria e unicamente pela sua força direitos e obrigações, foi preciso que na obra lenta dos séculos a filosofia espiritualizasse o direito para desembaraçar a vontade pura das formas materiais pelas quais se dava, que a religião cristã impusesse aos homens a fé na palavra escrupulosamente guardada, que a doutrina do direito natural ensinasse a superioridade do contrato, fundando a própria sociedade sobre o contrato, que a teoria do individualismo liberal afirmasse a concordância dos

---

[59] GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 26-27.

[60] SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório:* tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 38.

[61] "[...] o equilíbrio das relações contratuais não era para o Estado Liberal dos séculos XVIII e XIX um objetivo a ser alcançado, mas um dado pressuposto a partir da igualdade jurídica – e meramente formal – entre os contratantes. E ao ser pressuposto de forma absoluta deixava de ser de todo considerado" (Ibid. p. 40).

[62] RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis.* São Paulo: Saraiva, 1937, p. 42-43.

> interesses privados livremente debatidos sobre o bem público. Pôde então reinar a doutrina da autonomia da vontade que é ao mesmo tempo o reconhecimento e o exagero do poder absoluto do contrato.

1.1.3. Peculiaridades do direito civil brasileiro e sua implicação no campo contratual

O ordenamento jurídico brasileiro acompanhou, em seu próprio tempo e de forma peculiar, as tendências gerais até então expostas. Mas a singularidade da realidade brasileira merece especial destaque. Interessa, pois, analisar a experiência brasileira, no tocante às peculiaridades da importação dos ideais liberais, a forma e o objetivo que aqui perseguiram.

O Código Civil brasileiro de 1916, não obstante alguma originalidade, foi fruto de várias inspirações, notadamente o Código Civil francês, o Código Civil alemão e, também, o Código Civil português.[63] Esses, por sua vez, com algumas diferenciações, especialmente entre o Código francês e o alemão, eram imbuídos dos valores do individual-liberalismo, traços marcantes da concepção e teorização do contrato e da contratualidade.[64]

Tais modelos, como já afirmado, influenciaram a primeira codificação civil nacional, apesar de a realidade social brasileira ser bastante diversa. Assim, é importante destacar algumas peculiaridades da importação e aplicação da ideologia individual-liberal no ambiente jurídico brasileiro que, ao contrário dos propósitos de liberdade perseguidos em solo europeu, aqui foram empregados para a manutenção de uma estrutura social conservadora e desigual.

---

[63] Sobre a influência de legislações estrangeiras na elaboração do Código Civil de 1916, Mario Luiz Delgado afirma: "Dos 1807 artigos do CC/16, cerca de 172 decorreram do direito francês (10%). Além do *Code*, concorreram o Código português, com 83 artigos; o italiano com 72; o *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich*, com 67; o espanhol com 32; o argentino com 17; o chileno com 7; o mexicano com 4; o uruguaio e o peruano, ambos com 2; além de outros códigos (104 artigos). Embora, as fontes alemãs fossem as mais importantes e por vezes os outros Códigos fossem veículos das influências alemãs e austríacas" (DELGADO, Mário Luiz. *Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2011, p. 208).

[64] Eugênio FACCHINI NETO descreve a influência do *Code* francês pela Europa e alhures, incluindo a América Latina e o Brasil. Da análise feita, merece destaque a afirmação do autor, balizada por observação tecida por Menezes Cordeiro, de que o Código de Seabra (1867) seguiu o modelo do *Code*, reproduzindo literalmente diversos artigos. Em relação à codificação brasileira, o autor afirma que, apesar de certa originalidade, "foi fruto de várias inspirações – além do Código Civil francês, grande influência exerceu sobre Beviláqua o Código Civil alemão (do qual tomou a parte geral, ausente no modelo francês), bem como a tradição lusitana" (*Code* civil francês: gênese e difusão de um modelo. *Revista de Informação Legislativa*, ano 50, n.198, abr/jun./2013, p.59-88, p. 80).

De fato, os ideais liberais que impulsionaram as Revoluções Inglesa, Americana e Francesa não eram aqui compartilhados, ao revés, o liberalismo brasileiro, apesar de suas muitas caras, acabou por conviver e servir a "uma estrutura política-administrativa patrimonialista e conservadora, e com uma dominação econômica escravista das elites agrárias".[65] Portanto, o liberalismo brasileiro não estava imbuído de uma política libertadora, ainda que assim tenha se apresentado, em sua versão emancipatória, no momento anterior à Independência, mas sim de uma política de reordenação do poder nacional e de manutenção da dominação das elites agrárias.

Essa contradição era refletida na própria Constituição de 1824, seja pela disposição do texto, iniciando pela organização do Império, restando ao último título as disposições referentes aos direitos civis e políticos, seja porque "afirmava-se idealmente mediante uma fachada liberal que ocultava a escravidão e excluía a maioria da população do país".[66]

Nesse contexto contraditório entre liberalismo, conservadorismo e autoritarismo inicia-se a construção da identidade política nacional que, como não poderia deixar de ser, influenciou diretamente a formação jurídica do país. Não surpreende, portanto, que o Código Civil de 1916, embora promulgado já em fase republicana – quando os ideais liberais haviam sido retomados em novas bases, promovendo, entre outras coisas, o fim da escravidão – refletisse a estrutura social que permanecia desigual e agrária, além de evidenciar a preocupação central com a tutela do patrimônio.

Como destaca Orlando Gomes, "a abolição da escravatura que se seguiu a proclamação da República, desencadeou um novo espírito social",[67] mas não impôs qualquer alteração substancial na estrutura social e econômica do país, que permaneceu tal qual era desde o período colonial, "vivendo economicamente da exploração de riquezas agrícolas para vendê-las no mercado externo"[68] e, por essa razão, encontrando no liberalismo econômico as bases teóricas para a defesa e manutenção dos seus interesses.

---

[65] WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil.* 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 75.

[66] DELGADO, Mário Luiz. *Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2011, p. 205.

[67] GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro.* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 28.

[68] GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro.* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 26.

Afirma-se que "o papel de um código não é romper paradigmas, mas, ao contrário, cristalizar, clarificar, por meio da sistematização, aquilo que já é, de certa forma, aceito e praticado por uma sociedade".[69] Verdadeira ou não tal assertiva, fato é que o Código Civil de 1916 foi fiel à sua época e às peculiaridades brasileiras, refletindo o individualismo jurídico.[70]

A disciplina da propriedade e do contrato evidencia tal opção, na medida em que tais institutos foram "desenhados de acordo com os padrões liberais, sendo mínimas as limitações à propriedade e à liberdade de contratar".[71] Isso porque, como explica Gustavo Tepedino,[72] à época, o valor fundamental era o indivíduo. E, sendo assim, o direito privado se ocupava de formalmente regular a atuação dos sujeitos de direito, especialmente o proprietário e o contratante que aspiravam um espaço sem restrições para a circulação das riquezas.[73]

Apontando os defeitos do Código Civil de 1916, Pontes de Miranda destaca a parcialidade desse diploma em favorecer o proprietário e o capital. O autor destaca, na seção referente à locação de coisas, por exemplo, a faculdade conferida ao locador de, em face da recusa do locatário em restituir a coisa após notificação, arbitrar novo aluguel, sem

---

[69] DELGADO, Mário Luiz. *Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2011, p. 206.

[70] Sobre o Código Civil de 1916, destaca-se a análise de Orlando Gomes: "O Código Civil é obra de homens da classe média, que o elaboraram nesse estado de espírito, isto é, na preocupação de dar ao país um sistema de normas de Direito privado que correspondesse às aspirações de uma sociedade interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção. [...]. A classe média, que o preparou por seus juristas, embora forcejasse por lhe imprimir um cunho liberal e progressista, estava presa aos interesses dos fazendeiros, que, embora coincidentes imediatamente com os da burguesia, não toleravam certas ousadias" (GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro.* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 30-31.).

[71] BARCELLOS, Daniela. *Código Civil:* professores entre as faculdades de direito e o governo federal. 2011. 370f. Tese. (Doutorado em Ciência Política). Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2011, p. 108.

[72] TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*, tomo. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.1-24, p. 2.

[73] "Propriedade e contrato são assim os institutos representativas do individualismo jurídico e da liberdade no direito civil, de modo a poder afirmar-se ser o direito civil o ordenamento jurídico dos particulares, fundado no princípio da igualdade de poder perante a lei e construído com base no reconhecimento de uma esfera de soberania individual, cujas mais evidentes manifestações são o princípio da liberdade, com referência à pessoa, a propriedade, com referência à relação pessoa e bens da vida, e o contrato, com referência à atividade livre e discricionária dos indivíduos. Tais aspectos permitem caracterizar o objeto ou a matéria do direito civil, como aquele conjunto de relações ou setor de experiência jurídica em que desempenha papel proeminente a autonomia reconhecida aos indivíduos e que se traduz na liberdade, como valor individual, na propriedade, como senhoria dos bens, e na autonomia privada, como poder de auto-regulamentação jurídica dos próprios interesses por meio do negócio jurídico, de que são mais importantes espécies o contrato e o testamento. Tais institutos seriam a expressão das três liberdades fundamentais do direito civil, a liberdade de contratar, a liberdade de ser proprietário e a liberdade de testar, liberdades essas às vezes limitadas pela intervenção do Estado no âmbito da autonomia individual, por meio das regras de ordem pública e dos bons costumes" (AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: Introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 183).

estabelecer qualquer limite para tal.[74] "Tal como se acha na lei, o arbítrio é completo, e a interpretação literal dominante (Clóvis Bevilaqua, por exemplo) entrega ao locador um poder desmedido e desarrazoado".[75] Observe-se que o Código Civil de 2002 traz dispositivo semelhante, porém, com temperamento próprio e a favor da equidade, vez que acresceu, sob a forma de parágrafo único, expresso permissivo ao juiz para proceder a redução do aluguel-pena, sempre que o valor arbitrado for manifestamente excessivo.[76]

Ainda na seara contratual, especificamente, no que tange aos instrumentos de controle do conteúdo dos pactos ou, vocacionados para a concretização do equilíbrio, o Código Civil brasileiro de 1916, quando se pronunciava, era pela intangibilidade do pacto e manutenção da obrigatoriedade do mesmo em conformidade com os seus próprios termos ou, como via de regra, mantinha-se omisso. E, nas poucas previsões em que se podia observar algum critério em prol da equidade, a rigor, protegia-se a vontade pressuposta das partes.

A omissão do Código Civil de 1916 em relação ao conteúdo dos contratos foi de tal ordem que nem mesmo a lesão, presente como vício do consentimento em diversas codificações que o influenciaram,[77] foi incluída no Código Civil brasileiro de 1916. Mesmo não se pretendendo traçar uma evolução histórica do instituto da lesão no ordenamento jurídico brasileiro, é elucidativo o seu caminhar nesta fase da codificação, exatamente porque evidencia a perspectiva adotada pelo legislador, razão pela qual, permite-se breves considerações.

---

[74] O autor refere-se especificamente ao artigo 1196 do Código Civil de 1916. Porém, para melhor compreensão cita-se os dispositivos correlatos: Art. 1194. A locação por tempo determinado cessa de pleno direito findo o prazo estipulado, independentemente de notificação, ou aviso. Art. 1195. Se, findo o prazo, o locatário continuar na posse da coisa alugada, sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada a locação pelo mesmo aluguer, mas sem prazo determinado. Art. 1196. Se, notificado o locatário, o não restituir a coisa, pagará, enquanto a tiver em seu poder, o aluguel que o locador arbitrar, e responderá pelo dano, que ela venha a sofrer, embora proveniente de caso fortuito.

[75] MIRANDA, Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 360.

[76] Art. 575, Código Civil de 2002. Se, notificado o locatário, não restituir a coisa, pagará, enquanto a tiver em seu poder, o aluguel que o locador arbitrar, e responderá pelo dano que ela venha a sofrer, embora proveniente de caso fortuito. Parágrafo único. Se o aluguel arbitrado for manifestamente excessivo, poderá o juiz reduzi-lo, mas tendo sempre em conta o seu caráter de penalidade.

[77] A lesão foi prevista como vício do consentimento no Código francês, de 1804, art. 118 e 1774 e seguintes; no Código Civil Italiano, de 1865; Código Civil Português, de 1867, art. 1582; Código Civil Espanhol, de 1889, art. 1291; Código Civil Alemão, de 1896, §138.

Caio Mário da Silva Pereira,[78] desprendendo-se do elemento cronológico e adotando como parâmetro as tendências legislativas, divide a teoria brasileira da lesão em duas fases. A primeira corresponderia à corrente doutrinária filipina, e a segunda, seria a tendência codificada.

Antes mesmo do primeiro Código Civil português, o instituto da lesão se fazia presente, tendo sido previsto nas três Ordenações do Reino (Ordenações Afonsinas de 1446, Ordenações Manuelinas de 1514 e Ordenações Filipinas de 1603). Nessas, o instituto foi desenvolvido nos moldes do direito romano, afastado, portanto, da noção de vício do consentimento e orientado pela noção de equidade. E, por meio dessas, sobretudo das Ordenações Filipinas, o instituto da lesão ingressou no ordenamento jurídico brasileiro.

Já na segunda fase – codificada – verifica-se, não obstante alguma resistência, a exclusão do instituto do ordenamento jurídico brasileiro.[79] Em suma, o instituto foi mantido na Consolidação de Teixeira de Freitas de 1858 (art. 359), bem como na Consolidação de Carlos Augusto de Carvalho de 1899 (artigos 1.071 a 1.077), confirmando o ingresso do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, o Código Comercial de 1850 expressamente afastou a possibilidade de rescisão por lesão nas compras e vendas celebradas entre comerciantes (art. 220). Sem negar o instituto, o Esboço de Código Civil de Teixeira de Freitas, publicado em 1860, afirmava que "a lesão, por si só, não vicia os contratos" (art. 1.869).

Em dois Projetos de Código Civil seguintes a lesão foi novamente reinserida – artigos 2.075 a 2.083 do Projeto de Felício dos Santos, de 1881 e artigos 620 a 670 do Projeto de Coelho Rodrigues, de 1893. Por fim, no Projeto de Clóvis Beviláqua de 1899 o instituto foi abolido e, em seguida, reinserido pela Comissão Revisora de 1900 para, novamente e de forma definitiva, ser excluído pela Comissão dos 21, na Câmara dos Deputados.

Não obstante a repulsa ao instituto da lesão sob o argumento principal da desnecessidade de intervenção estatal face à igualdade civil dos contratantes, era possível identificar algum tipo de consideração pelo conteúdo dos contratos, especialmente no que tange ao equilíbrio ou equivalência em pactos comutativos. Contudo, não é possível identificar se o objetivo real era garantir o equilíbrio ou proteger a vontade das partes.

---

[78] Segundo Caio Mário da Silva Pereira, verificou-se um "movimento de repulsa à instituição, realizado parcialmente pelo Código Comercial de 1850, manifestado sem êxito no Esboço de Teixeira de Freitas, e efetivamente pronunciado no Projeto de Beviláqua, e na feitura do Código Civil" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 98-99).

[79] Ibid. p. 99.

A feição nitidamente individualista do Código Civil de 1916 foi refletida pelo primado da autonomia da vontade, não apenas na liberdade de contratar, mas na própria limitação imposta ao juiz para, no momento da interpretação da avença, se ater mais à vontade das partes.[80] Tal regra presente no artigo 85 do Código Civil de 1916 ("Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem") não sofria nenhum tempero por outra regra e evidenciava a proteção da vontade interna, ainda que em doutrina houvessem posicionamentos flexibilizando a norma.

Ademais, a quase total ausência de cláusulas gerais no Código Civil de 1916 evidencia o objetivo de impossibilitar o juiz de proceder a uma interpretação e aplicação do direito em conformidade com a justiça material. A rigor, a justiça era alcançada, na perspectiva do código, com o próprio cumprimento irrestrito das cláusulas contratuais. Pode-se dizer, que à época, o *pacta sunt servanda* se apresentava como verdadeira fonte da justiça contratual.

O Código Civil de 1916, portanto, ia ao encontro dos interesses da elite proprietária e da burguesia mercantil. E, sendo assim, além de garantir a liberdade de contratar e a propriedade, avocava para si a função de garantir a segurança e a estabilidade. E, mais do que isso, foi recepcionado como verdadeira constituição do direito privado, encarnando as promessas de segurança e estabilidade, a partir do papel centralizador e monopolizador da disciplina jurídica das relações privadas.

Enfim, ainda que seja possível identificar algumas normas de inspiração mais equitativa, tais previsões esparsas não chegavam a ofuscar o traço marcante do Código Civil de 1916, "positivista e legalista, sem dar grandes espaços para traduzir a Justiça do conteúdo".[81] Inexistia espaço, portanto, para eventual intervenção do juiz a fim de modificar o conteúdo dos pactos. Assim, a tentativa de incluir em nosso sistema a possibilidade de revisão dos contratos ficou a cargo da doutrina,[82] influenciada, sobretudo, pelas obras estrangeiras e baseada nas leis extravagantes. O Código não permitia a revisão dos contratos, seja pela falta de regra própria, seja pelo jogo de princípios informativos que repeliam a ideia-força do instituto.

---

[80] Cf.: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. As obrigações e os contratos. *Revista CEJ*, v. 3, n. 9. Brasília, set./dez. 1999, p.310-312.

[81] ASCENSÃO, José de Oliveira. A nova teoria contratual. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 52. Belo Horizonte, jan/jun. 2008. pp. 97-126, p. 100.

[82] Caio Mário da Silva Pereira, Jair Lins, Mendes Pimentel, Epitácio Pessoa, Eduardo Espínola, San Tiago Dantas, Serpa Lopes, Washington de Barros Monteiro. Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: contratos. v.3. 17. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 145.

1.2. Dialética entre vontade e justiça pelo conteúdo na fragmentação da teoria contratual: apreciação subjetivista do conteúdo

Em um movimento pendular regresso, observa-se, no final do século XIX e, principalmente, no início do século XX, o retorno de uma preocupação com o conteúdo dos contratos, em virtude de dois fatores principais. Inicialmente, como decorrência da própria alteração na forma de produção e, consequentemente, da circulação de bens e serviços após a Revolução Industrial, a apreciação da vontade e do próprio contrato, ganhava contornos mais objetivos. Soma-se ainda, como segundo fator determinante, a necessidade de reavaliação dos pactos, notadamente no que diz respeito à obrigatoriedade da manutenção dos seus termos, como consequência das próprias inquietações sociais nos períodos de crises econômicas e guerras.

1.2.1. Processo de objetivação do contrato

O processo de objetivação do contrato evidencia uma tendência de "progressiva redução do papel e da importância da vontade dos contratantes como momento psicológico da iniciativa contratual".[83] A concepção do contrato, triunfante no século XIX, tinha como base a vontade humana, fonte primária e justificativa dos efeitos jurídicos de criação de direitos e obrigações. Como já mencionado, à época, foram acolhidas plenamente as teses do consensualismo e da força obrigatória dos contratos, já que concretizavam a palavra voluntariamente dada. Sendo a vontade o cerne do contrato e os contratantes iguais (igualdade formal), cabia ao legislador e ao juiz, tão somente, observar fielmente a vontade das partes, não intervindo no conteúdo da avença.

Nesse contexto surge a Teoria da Vontade, explicando a disciplina das trocas contratuais e indicando a forma de se interpretar a declaração, bem como solucionar os conflitos advindos de eventual divergência entre a vontade interna e a vontade declarada. Essa

[83] ROPPO, Enzo. *O Contrato.* Coimbra: Almedina, 2009, p. 297.

teoria parte da premissa de que o negócio jurídico – e, consequentemente, o contrato, como espécie de negócio jurídico bilateral – "é essencialmente vontade, a que deve corresponder exatamente a sua forma de declaração, que é simples instrumento de manifestação dessa vontade".[84] Assim, os efeitos dos contratos deveriam ser perfeitamente conforme às representações mentais das partes, cabendo ao Direito reagir a toda e qualquer perturbação do processo de formação da vontade dos contratantes, o que era feito a partir da proteção em face dos vícios do consentimento.[85]

Essa teoria justificava-se em um ambiente marcado pelo voluntarismo jurídico e, sobretudo, em um modelo econômico pouco dinâmico, onde os contratos reservavam um caráter pessoal. Modelo este que se mostrou incompatível com o sistema mercantil emergente após a Revolução Industrial, quando o volume das trocas cresceu exponencialmente e as relações contratuais se tornaram cada vez mais estandardizadas.

Observa-se, então, segundo Cláudia Lima Marques, a primeira crise do contrato, uma crise de transformação.[86] A rigor, as rápidas transformações sociais provocadas pela Revolução Industrial impactaram diretamente a forma de vida e de relação social. Verificou-se uma crescente urbanização e, com isso, certa dispersão nas relações interpessoais e, principalmente, para o que ora se examina, implicou uma despersonalização nas relações contratuais, de sorte que no mais das vezes, "em decorrência da distância, da crescente ausência de contato direto entre os contratantes, não mais se observa[va] uma autêntica negociação dos termos do ajuste".[87]

A idade moderna possibilitou a produção em massa e, consequentemente, impôs a necessidade de distribuição célere e em massa dos bens produzidos. Imprescindível, portanto, garantir a celeridade das contratações, a segurança e a estabilidade das relações. Nesse contexto, as transações tinham que ser apreciadas e disciplinadas de forma mais objetiva. Os

---

[84] AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: Introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 393.

[85] "Essa teoria protege, naturalmente, os interesses do declarante. Por isso, todas as questões acerca da formação ou do conteúdo do ato levam à pesquisa da real intenção do agente. [...]. Pela especial importância da vontade, procura-se defende-la dos chamados vícios (erro, dolo, coação, simulação, reserva mental), assim como também cresce em importância a interpretação, quer do ato, quer das normas que o regulam, para o fim de se averiguar qual a intenção do agente, a partir, naturalmente, do instrumento da declaração" (Ibid. p. 394).

[86] "A primeira crise do contrato nasceu, na Revolução Industrial, com a massificação da produção e da distribuição indireta, depois o próprio contrato standard e foi respondida pelo direito do consumidor" (MARQUES**,** Claudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo do direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: _____. (Coord). *A Nova Crise do Contrato:* Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 17-86, p. 22).

[87] MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.35.

contratos se tornavam cada vez mais padronizados, através das condições gerais[88] e dos contratos de adesão.[89]

No plano teórico, transita-se da teoria da vontade para a teoria da declaração, com vistas "a ligar os efeitos e o tratamento jurídico das relações aos elementos objetivos, exterior e socialmente reconhecíveis dos actos pelos quais as relações se constituem, muito mais que aos elementos de psicologia individual".[90] Pela teoria da declaração, como explica Francisco Amaral, protegia-se mais o destinatário e os terceiros de boa-fé e, por via de consequência, a circulação de bens e direitos. Mas, de fato, estava-se a garantir a segurança, a celeridade e a estabilidade das relações negociais, tão caras ao sistema produtivo.[91]

Este processo de objetivação abriu espaço para a reconsideração da vontade, não só no momento formativo do vínculo jurídico contratual, mas também durante a sua fase executiva, especialmente quando, por fatores externos, o conteúdo dos contratos estabelecidos pelas partes sofria alterações não desejadas. Verifica-se, então, o surgimento de diversas releituras da antiga cláusula *rebus sic standibus*, visando "abrandar a aplicação do *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos), quando da alteração brusca das situações existentes no momento da contratação".[92]

As teorias revisionistas surgidas a partir de então, tinham em comum o objetivo de modernizar a velha cláusula, adaptando-a ao direito contemporâneo, não obstante trazerem diferentes posições a respeito, evidenciadas na definição dos seus fundamentos. De uma forma geral, as teorias podem ser divididas em dois grandes grupos. De um lado, as teorias fundamentadas em aspectos internos ao próprio negócio jurídico, especialmente na proteção da vontade e, por isso chamadas de teorias intrínsecas. De outro lado, teorias fundamentadas

---

[88] "As condições gerais dos contratos (CONDGs) é aquela lista de cláusulas contratuais pré-elaboradas unilateralmente para um número múltiplo de contratos, a qual pode estar ou não inserida no documento contratual que um dos contraentes oferece para reger a relação contratual no momento de sua celebração. Trata-se, portanto, de uma técnica de pré-elaboração do conteúdo dos futuros contratos" (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 84).

[89] "Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito" (Ibid. p. 76).

[90] ROPPO, Enzo. *O Contrato.* Coimbra: Almedina, 2009, p. 298.

[91] AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: Introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 394.

[92] AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis).* In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *Direito e o tempo:* embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 11-35, p.20.

em aspectos mais genéricos e externos ao negócio, tais quais a boa-fé, solidariedade, equidade e justiça.[93]

As teorias do primeiro grupo relacionavam a imprevisão ao problema de interpretação da vontade contratual e acabaram por ser as que despertaram maior interesse dos juristas. Assim, nessa fase, ainda muito arraigado ao dogma voluntarista, a teoria da pressuposição de Windscheid (1850), bem como os *coronation cases* (1902) no direito inglês indicavam tal mudança de perspectiva. Em seguida, a teoria da imprevisão (1916), incluindo a vertente italiana da onerosidade excessiva (1942) foram de grande importância para a difusão, no cenário internacional, da ideia de revisão contratual.[94]

Segundo Manuel de Cossio,[95] a teoria da pressuposição seria uma tese que, amparada no elemento vontade, propunha nova interpretação para a cláusula *rebus sic standibus*. Essa nova interpretação, no entanto, como adverte Arnoldo Medeiros da Fonseca, seria muito mais abrangente que a própria cláusula *rebus sic standibus.*[96] Em linhas gerais, a proposta consistia na inclusão da pressuposição, compreendida como "relação de dependência estabelecida, pelo declarante, entre a declaração negocial e certos eventos ou estado de coisas",[97] como auto limitador da vontade. A ideia central era de que se a pressuposição – estado de coisas – não se concretizasse ou deixasse de existir, a relação jurídica decorrente do ato volitivo não subsistiria legitimamente, posto que seria contrária à vontade.[98]

---

[93] Cf. FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 208; POTTER, Nelly. *Revisão e resolução dos contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 2009, p.67.

[94] Para uma análise mais aprofundada das teorias, ver: MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil.* Coimbra: Almedina, 2013; CORDEIRO, Eros Berlin de Moura. *Da revisão dos contratos.* Rio de Janeiro: Forense, 2009; SILVA, Luís Renato Ferreira. *Revisão dos contratos:* do código civil ao código de defesa do consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

[95] COSSIO, Manuel de. *Frustraciones y desequilíbrios contractuales.* Granada: Comares, 1994, p. 44.

[96] FONSECA, Arnoldo Medeiros da, op. cit., p. 210.

[97] MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha, op. cit., p. 970.

[98] Analisando a teoria da pressuposição, Manuel de Cossio afirma: "Se basa esta tesis de Windscheid em las representaciones más o menos conscientes sobre las circunstancias del hecho, económicas, jurídicas y de outra índole, que justifican la decisión de concluir el contrato. Em el supuesto de prestaciones a largo plazo, el sujeto, muy frecuentemente, cuenta com que perduren las circunstancias al concluir el negocio. ¿Qué ocorre, pues, cuando se revela el error de estas representaciones, cuando el fin propuesto no es asequible por la mudanza de las circunstancias?. Valora em este caso Windscheid la necisidad de erigir las representaciones em condición del contrato, ya que obligar al deudor a atenerse al tenor literal del contrato, estaria em desacuerdo com la justicia" (COSSIO, Manuel de. *Frustraciones y desequilíbrios contractuales.* Granada: Comares, 1994, p. 45).
Tradução livre: " A tese de Windscheid se baseia em representações mais ou menos conscientes sobre as circunstâncias de fato, econômicas e jurídicas e de outra natureza, que justificam a decisão de concluir o contrato. Ao assumir prestações de longo prazo, o sujeito, muito frequentemente, conta que as circunstâncias ao

A pressuposição, que poderia ser expressa ou tácita, encerraria os motivos determinantes de cada uma das partes para a conclusão do ato negocial. Contudo, a sua eficácia dependeria da cognoscibilidade pela outra parte, podendo ser utilizada como meio de defesa, por meio de exceção, bem como por ação direta, pelo declarante prejudicado pela falta de correspondência entre o que foi percebido – pressuposto – quando da formação do vínculo e a realidade posterior.[99]

A teoria de Windscheid foi objeto de adesões e críticas e, mesmo não tendo sido acolhida pelo Código Civil Alemão de 1896, teve o mérito de recolocar em pauta o tema da alteração das circunstâncias. Assim, nas décadas seguintes e na esteira das reflexões de Windscheid, o direito inglês lança a semente da teoria da base do negócio, com os famosos *coronation cases.*[100]

Em virtude da programação da coroação de Eduardo VII, que se daria em junho de 1902, foram celebrados diversos contratos de locação de espaços de onde se poderia assistir à passagem do cortejo real. O evento, contudo, teve que ser adiado, em virtude de problemas de saúde do futuro rei e, dada as alterações das circunstâncias, os tribunais tiveram que decidir acerca da exoneração ou não dos pagamentos dos respectivos aluguéis contratados.

McElroy e Granville Williams afirmam que em virtude do cancelamento das festividades, 10 casos[101] versando sobre a obrigatoriedade do cumprimento dos pactos foram submetidos à apreciação da Corte Inglesa, merecendo destaque aqueles nos quais as partes

---

concluir o negócio, perdurem. O que ocorre quando o erro nestas representações é revelado, quando a finalidade não é alcançada por alteração das circunstâncias? Nesse caso, Windscheid considera a necessidade de elevar as representações ao patamar de condição do contrato, e que obrigar o devedor a ater-se à literalidade do contrato, estaria em desacordo com a justiça".

[99] A teoria da pressuposição foi sintetizada por Arnoldo Medeiros da Fonseca nos seguintes termos: "quem manifesta uma declaração de vontade sob certo pressuposto, quer, da mesma forma que aquele que a emite condicionada, que o efeito jurídico venha existir somente dado um certo estado de relações. Se aquele subsiste sem verificar-se a pressuposição, isso não corresponde ao querer verdadeiro do autor da declaração de vontade, o qual, assim prejudicado, se poderia defender contra o beneficiado, tanto com uma exceção, como instituindo, por sua vez, uma ação tendente a fazê-lo cessar" (FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 209.).

[100] Cf.: McElroy, R. G. and Williams, G. The Coronation Cases—I. *The Modern Law Review*, 4, p. 241–260, 1940; McElroy, R. G. and Williams, G. The Coronation Cases—II. *The Modern Law Review*, 5, p. 1–20, 1941.

[101] Os autores dividem esses casos em 4 grupos: i) o grupo 1 reúne os casos nos quais nenhum pagamento havia sido feito antecipadamente e os locatários pretendiam a sua exoneração ao argumento principal da impossibilidade superveniente da condição na qual havia se fundado a promessa de pagamento; ii) o grupo 2 congrega os casos em que havia sido realizado o pagamento, no todo ou em parte, e os locatários pretendiam a restituição pelos mesmos fundamentos apresentados acima; iii) grupo 3 abarca os contratos celebrados após o cancelamento do evento, mas na ignorância desse fato; e, iv) grupo 4 diria respeito aos contratos nos quais as partes haviam expressamente previsto os direitos e as responsabilidades de cada um na eventualidade de cancelamento do evento. (Cf.: McElroy, R. G. and Williams, G. The Coronation Cases—I. *The Modern Law Review*, 4, p. 241–260, 1940, p. 245).

não haviam expressamente mencionado o evento da coroação como condição determinante da eficácia do contrato, mas que, em virtude do cancelamento do mesmo, pretendiam a exoneração do pagamento dos aluguéis e/ou a restituição dos valores que haviam sido pagos antecipadamente.

Adaptando o precedente do caso *Taylor c. Caldwell* (1863),[102] no qual havia sido estabelecido que "*impossibility of performance was excusable in law if contract concerned a given person or thing and if that person or thing persished*"[103], a Corte de Apelação entendeu que, não obstante a falta de menção expressa no contrato, a causa do mesmo, conhecida por ambas as partes, seria a coroação. E, dessa forma, não havendo coroação, restaria frustrada a finalidade do contrato. Nestas decisões, a condição implícita é utilizada como premissa para a determinação da finalidade do contrato e a não obrigatoriedade do mesmo foi fundamentada na frustração dessa mesma finalidade.[104]

A partir de então a teoria foi desenvolvida em torno da ideia de condição implícita, entendida como pressuposto de eficácia do contrato, de sorte que a exigibilidade das obrigações ficava dependente da possibilidade de atingimento da finalidade do próprio contrato. Assim, se por acontecimentos supervenientes o contrato perdesse a sua finalidade, deixaria de ser exigível. A grande vantagem dessa teoria é o abandono a fatores psicológicos, na medida em que, ao admitir a existência de uma condição implícita em todo contrato, extrai desse pressuposto o fundamento para sua resolução.[105]

---

[102] O caso versava sobre contrato de locação de um centro de música que foi destruído, antes da execução do contrato, por um incêndio. Considerando como condição implícita a existência da coisa objeto do contrato, o locador foi exonerado de arcar com os prejuízos sofridos pelo locatário. Neste precedente, de fato, existia a impossibilidade de execução do contrato, o que o distingue dos *coronation cases.*

[103] Tradução livre: "a impossibilidade de cumprimento seria escusável pela lei se o contrato dissesse respeito a certa pessoa ou coisa e se essa pessoa ou coisa não mais subsistisse".

[104] Lord Justice Vaughan Williams, relator no julgamento do caso Krell v. Henry, afirmou: "I myself am clearly of opinion that in this case, where we have to ask ourselves whether the object of the contract was frustrated by the non-happening of the coronation and its procession on the days proclaimed, parol evidence is admissible to show that the subject of the contract was rooms to view the coronation procession, and was so to knowledge of both parties. [...]. I think that the coronation procession was the foundation of this contract, and that the non-hapening of it prevented the performance of the contract" (apud McElroy, R. G. and Williams, G., The Coronation Cases—I. *The Modern Law Review*, 4, p. 241–260, 1940, p. 249).
Tradução livre: "Claramente eu mesmo sou de opinião que, neste caso, temos de nos perguntar se o objeto do contrato foi frustrado pelo não acontecimento da coroação e seu cortejo nos dias anunciados, toda evidência é admissível para mostrar que o objeto do contrato eram os quartos para ver a procissão da coroação, e era de conhecimento de ambas as partes. [...] . Eu acho que a coroação foi o fundamento/finalidade do contrato, e que a sua não ocorrência impediu a execução do contrato".

[105] GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações.* 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 98.

A partir das reflexões de Windscheid e muito influenciado pelo direito inglês, Paul Oertmann defendeu a teoria da base do negócio, posteriormente desenvolvida por Karl Larenz. A proposta teórica de Oertmann consistia em que a manutenção do contrato seria dependente da preservação da sua base. Assim, se por fatos supervenientes à celebração do negócio, a sua base desaparecesse, alterando o equilíbrio inicial, o negócio deixaria de corresponder à vontade das partes, autorizando a intervenção judicial para resolvê-lo ou modificá-lo.

Por base do negócio, na formulação inicial de Paul Oertmann, entende-se o conjunto de representações mentais das partes acerca de certas circunstâncias básicas e determinantes das suas decisões quando da conclusão do contrato, desde que tais circunstâncias fossem encaradas por ambos os contratantes como base do acordo estabelecido. Arnoldo Medeiros da Fonseca exemplifica que dentre essas circunstâncias, estariam incluídas a equivalência de valor entre prestação e contraprestação e a permanência aproximada do preço convencionado pelas partes.[106]

A noção de representação mental é um conceito fundamental para a determinação da base do negócio. Essa seria bilateral e compartilhada por ambas as partes e, sendo assim, se diferenciava dos motivos, que seriam unilaterais. Com isso, Oertmann visava superar a crítica principal da teoria de Windscheid, não obstante a sua teoria manter o voluntarismo como característica.

O apego ao elemento subjetivo dificultava a aplicação da teoria, especialmente na identificação do que estaria ou não abrangido pela representação mental. Sobre esse aspecto, Orlando Gomes adverte que a representação mental seria um conceito meramente psicológico e, consequentemente, se as partes não tivessem pensado, ou mesmo se não pudessem pensar, nas circunstâncias que deveriam existir, ou persistir, o contrato não poderia ser resolvido em virtude do desaparecimento de sua base.[107]

Tais objeções indicavam que o problema central a ser resolvido consistia em encontrar a base objetiva para a determinação da finalidade do negócio,[108] sendo tal objetivação tentada

---

[106] FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 215.

[107] GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 100.

[108] Ibid, p. 101.

por Karl Larenz,[109] cuja tese se fundou na separação da base negocial em subjetiva e objetiva, a fim de que as mesmas pudessem ser reguladas separadamente, fato necessário, em virtude de terem pressupostos distintos. A primeira seria essencialmente construída à luz da teoria de Oertmann, exigindo que ambos os contratantes partissem de uma mesma base fática ou representação mental e disciplinada no bojo da teoria do erro.[110] Já a base objetiva corresponderia ao conjunto de circunstâncias sobre as quais o consenso é alcançado e cuja existência ou manutenção seria objetivamente necessária para o atingimento do próprio sentido do contrato, segundo a intenção das partes.[111]

A teoria de Larenz vincula-se à finalidade do contrato. Assim, a ideia central é verificar se a alteração superveniente das circunstâncias teria ou não o condão de afetar a base objetiva do contrato. Em caso afirmativo, as circunstâncias supervenientes fariam desaparecer a base objetiva do negócio e, com isso, o mesmo deveria ser readequado ou resolvido. Destaca-se que não figura como requisito, a imprevisibilidade da alteração das circunstâncias. Isso porque, a identificação da destruição da base objetiva e a justificativa para a resolução do contrato estaria na função interpretativa da boa-fé.[112]

Segundo o autor, duas situações seriam relevantes na base objetiva: a possibilidade de concretização da finalidade contratual e a quebra da equivalência das prestações ou do sinalagma original do contrato. Em relação à primeira hipótese, importaria verificar se houve ou não concorrência de alguma das partes para a frustração da finalidade do contrato, caso em que essa parte deveria suportar as consequências. Ademais, cumpre destacar que a finalidade do contrato não se confunde com os fins puramente subjetivos, mas com a finalidade e/ou função própria da espécie contratual estabelecida pelas partes. A segunda hipótese toca especialmente o objeto dessa tese e restaria configurada quando a alteração das circunstâncias

---

[109] LARENZ, Karl. Base del negocio jridico y cumplimento de los contratos. *Revista de Derecho Privado*. Madri, 1956.

[110] Orlando Gomes, comentando a teoria de Larenz, explica que "a base subjetiva do contrato há de ser inserida na teoria do erro, disciplinada, portanto, pelas regras atinentes a esse vício do consentimento. Se é uma representação mental que a configura, diz respeito, em última análise, aos motivos do contrato, devendo a lei dizer se são relevantes para autorizar sua anulação" (GOMES, Orlando, op. cit., p. 102).

[111] Segundo o próprio autor, a base objetiva consiste no conjunto de circunstâncias "*cuya existencia ou subsistência es objetivamente necesaria para que el contrato, según el significado de las intenciones de ambos contratantes, pueda subsistir como regulación dotada de sentido*" (LARENZ, Karl, op. cit., p. 225).
Tradução livre: "cuja existência ou subsistência é objetivamente necessária para que o contrato, segundo o significado das intenções de ambos os contratantes, possa subsistir como regulação dotada de sentido".

[112] MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil.* Coimbra: Almedina, 2013, p. 1048.

impusesse um sacrifício de tal ordem na equivalência entre as prestações, que levasse a perda da própria comutatividade.

A teoria de Larenz foi criticada[113] por vários autores que identificam na mesma um resquício de subjetividade, já que é a vontade das partes que, no final das contas, irá determinar a base objetiva do negócio.[114] Mas, sem dúvida, o destaque dado aos requisitos objetivos – desequilíbrio das prestações e rompimento com a finalidade do contrato – permitiu maior flexibilidade para aplicação da revisão dos contratos. Ademais, essa tendência a uma maior objetivação é o traço distintivo fundamental entre a teoria da base do negócio e as teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva, ambas marcadamente subjetivista, desenvolvidas na França e na Itália.[115]

Por fim, em meio as dificuldades econômicas e sociais agravadas no período bélico do início do século XX e quase que simultaneamente ao desenvolvimento da teoria de Oertmann, surge a Teoria da Imprevisão no direito administrativo francês. O *leading case* foi decidido em 1916 e versava sobre um contrato de fornecimento de gás e de eletricidade por trinta anos, celebrado entre a Companhia Geral de Iluminação de Bordéus e a cidade de mesmo nome.

Em virtude da Primeira Guerra Mundial e a consequente instabilidade econômica e, em especial, a alta do preço do carvão, o contrato se tornou excessivamente oneroso para o fornecedor, de sorte que a manutenção do mesmo ameaçava a própria viabilidade da empresa. O Conselho de Estado francês, após enfatizar que o contrato de concessão é definitivo e que as variações de preço das matérias-primas fazem parte da álea do contrato, reconheceu que a guerra e as consequências desta para a economia daquele contrato eram extraordinárias e imprevisíveis, razão pela qual, decidiu pela alteração do contrato.[116]

---

[113] Menezes Cordeiro chega a afirmar que a teoria de Larenz "é uma fórmula dogmaticamente vazia" (MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil.* Coimbra: Almedina, 2013, p. 1050).

[114] Nesse sentido, Fabiana R. Barletta posiciona-se: "a teoria da base objetiva de Larenz elege elementos menos subjetivos, como o desequilíbrio entre as prestações e a perda da finalidade do contrato, para justificar sua insubisistência na forma inicialmente pactuada. No entanto, sua teoria ainda possui certa dose de subjetivismo, pois, como se relatou antes, para Larenz, as circunstâncias objetivamente necessárias para que o contrato subsista têm relação direta com as intenções de ambos os contratantes, quando poderiam ter apenas ligação com o desequilíbrio contratual ou com a possibilidade de se alcançar a finalidade contratual, critérios apresentados pelo próprio autor para os casos de quebra da base objetiva do negócio" (BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual no código civil e no código de defesa do consumidor.* São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16).

[115] "[...] a principal diferença, marcante do subjetivismo e da vinculação à vontade que se faz presente na teoria da imprevisão e torna a teoria da base do negócio mais atraente, diz respeito à previsibilidade das circunstâncias supervenientes, exigida naquela e despicienda nesta" (SILVA, Luís Renato Ferreira. *Revisão dos contratos:* do código civil ao código de defesa do consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 127).

[116] Consel dÈtat statuant au contentieux no. 59928, 30/03/1916. "[...] Contrats passés par les communes - Eclairage au gaz - Contrat de concession - Hausse du prix du charbon - Guerre de 1914 - Economie du contrat

A decisão foi justificada pelas circunstâncias extraordinárias e imprevisíveis, bem como, pelo interesse público em jogo. Ademais, foi ressaltada a sua excepcionalidade, posto

---

bouleversée - Service public, exécution, convention provisoire, indemnité au concessionnaire. [...]. 39-03-02-02 MARCHES ET CONTRATS ADMINISTRATIFS - EXECUTION TECHNIQUE DU CONTRAT - ALEAS DU CONTRAT - IMPREVISION - Eclairage au gaz - Contrat de concession - Hausse du prix du charbon - Guerre de 1914 - Economie du contrat bouleversée.

Résumé : [...] En principe, le contrat de concession règle, d'une façon définitive, jusqu'à son expiration les obligations respectives du concessionnaire et du concédant, le concessionnaire est tenu d'exécuter le service prévu dans les conditions précisées au traité et se trouve rémunéré par la perception sur les usagers des taxes qui y sont stipulées et la variation du prix des matières premières à raison des circonstances économiques constitue un aléa du marché, qui peut, suivant le cas, être favorable ou défavorable au concessionnaire et demeure à ses risques et périls, chaque partie étant réputée avoir tenu compte de cet aléa dans les calculs et prévisions qu'elle a faits avant de s'engager. Toutefois, la hausse survenue au cours de la guerre de 1914, dans le prix du charbon, matière première de la fabrication du gaz, par suite de l'occupation par l'ennemi de la plus grande partie des régions productrices de charbon dans l'Europe continentale et de la difficulté de plus en plus considérable des transports par mer, a atteint une proportion telle que non seulement elle a un caractère exceptionnel dans le sens habituellement donné à ce terme, mais qu'elle entraîne dans le coût de la fabrication du gaz une augmentation qui, dans une mesure déjouant tous les calculs, dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat de concession. En conséquence, l'économie du contrat se trouve bouleversée et le concessionnaire de l'éclairage au gaz d'une ville est fondé à soutenir qu'il ne peut être tenu d'assurer aux seules conditions prévues à l'origine le fonctionnement du service, tant que durera la situation anormale ci-dessus indiquée. Le concessionnaire est tenu d'assurer le service concédé, avec tous ses moyens de production, mais le concédant doit lui venir en aide. Le concessionnaire ne peut d'ailleurs prétendre que le marché ayant prévu un certain prix pour la tonne de charbon, qui aurait correspondu au prix maximum du gaz fixé au contrat, toute augmentation du prix du charbon au delà de celui indiqué au marché doit être mise exclusivement à la charge du concédant ; elle doit supporter au cours de cette période transitoire, résultant des circonstances indiquées, la part des conséquences onéreuses de la situation de force majeure ci-dessus rappelée, que l'interprétation raisonnable du contrat permet de mettre à sa charge.[...]".

Tradução livre: "Conselho do Estado delibera sobre o litígio nº 59928, de 30/03/1916. "[...] Contratos adjudicados pelos municípios – Iluminação a gás – Contrato de concessão – Alta do preço do carvão – Guerra de 1914 – Estrutura do contrato modificada – Serviço público, execução, convenção provisória, indenização ao concessionário [...]. 39-03-02-02 MERCADOS E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – EXECUÇÃO TÉCNICA DO CONTRATO – ÁLEAS DO CONTRATO – IMPREVISÃO – iluminação a gás – Contrato de concessão – alta do preço do carvão – Guerra de 1914 – estrutura do contrato modificada.

Resumo: [...] A princípio, o contrato de concessão estabelece, de uma forma definitiva até a sua expiração, as obrigações respectivas do concessionário e do concedente, o concessionário é obrigado a executar o serviço previsto dentro das condições especificadas no tratado e se encontra remunerado por meio da cobrança aos usuários de taxas que são estipuladas no contrato e a variação do preço das matérias primas conforme as circunstâncias econômicas constitui um álea do mercado, que pode, seguindo o caso, ser favorável ou desfavorável ao concessionário e, por sua própria conta e risco, cada parte é levada a considerar esse álea nos cálculos e previsões que fez antes de se engajar. Todavia, a alta registrada, ao longo da Guerra de 1914, no preço do carvão, matéria prima da fabricação do gás, em conseqüência da ocupação pelo inimigo da maior parte das regiões produtoras de carvão da Europa continental e da dificuldade progressiva dos transportes marítimos, atingiu uma proporção tamanha que não somente ela tem um caráter excepcional no sentido habitualmente dado a esse termo, mas também que ela acarreta no custo da fabricação do gás um aumento que, a certo ponto contraria todos os cálculos, ultrapassa certamente os limites extremos de majoração que poderia ser prevista pelas partes durante a celebração do contrato de concessão. Em conseqüência, a estrutura do contrato se encontra modificada e o concessionário da iluminação a gás de uma cidade não pode argumentar que ele não é obrigado a assegurar as condições previstas na origem do funcionamento do serviço, enquanto dure a situação anormal acima indicada. O concessionário é obrigado a assegurar o serviço concedido, com todos os seus meios de produção, mas o concedente deve assisti-lo. O concessionário não pode aliás sustentar que o mercado previu um determinado preço pela tonelada do carvão, que teria correspondido ao preço máximo do gás fixado no contrato, qualquer aumento do preço do carvão, além do que foi indicado ao mercado, deve ser colocado exclusivamente a cargo do concedente; o aumento deve suportar ao longo desse período transitório, como resultado das circunstâncias indicadas, a parte das conseqüências onerosas da situação de força maior acima lembrada, que a interpretação racional do contrato permite lhe incumbir".

que incompatível com a teoria contratual prevalente. Assim, a possibilidade de intervenção do juiz para revisar o contrato ficou circunscrita às hipóteses nas quais o interesse público se fazia presente, evidenciando que para o espaço privado, a alteração das circunstâncias por fato superveniente não autorizava a resolução contratual.

Reforçando essa ideia, Georges Ripert afirma que as cortes francesas se tornaram, no período entre guerras e em relação aos contratos privados, mais refratárias ao acolhimento dos pedidos resolutórios fundados na força maior, firmando posição de que a guerra e as dificuldades de cumprimento dos contratos em decorrência da mesma, não constituíam caso de força maior.[117] E, mesmo diante dos contratos envolvendo interesse público, tamanha era a resistência da Corte de Cassação francesa que se tornou necessária a promulgação de uma lei para solucionar tais casos. Em 1918, pela Lei Failliot, no período de guerra e até três meses após a cessação da mesma, seria possível a resolução dos contratos comerciais celebrados antes de 1º de agosto de 1914 e cujo cumprimento dependesse do futuro, se, em virtude da guerra, a execução das obrigações de qualquer das partes fosse apta a gerar prejuízos muito superiores aos que poderiam ter sido razoavelmente previstos quando da pactuação.[118]

Além da excepcionalidade da medida, tratava-se, na verdade, de proteção da vontade, já que se partia da premissa de que a intenção das partes era de obrigar-se em um dado contexto de circunstâncias. E, exatamente porque a situação superveniente fugia por completo da previsibilidade e da vontade das partes, é que se justificaria a resolução. Portanto, se preservava o contrato e não o equilíbrio desse: "as partes não previram as modificações posteriores ao contrato que tornariam a sua execução tão onerosa que seria desastrosa para o devedor. Neste caso, desligar o devedor é respeitar a vontade de ambas as partes".[119]

Esse primeiro movimento no sentido de intervenção e controle do conteúdo dos contratos, além de restrita aplicabilidade, tinham em comum uma índole subjetiva: imprevisibilidade; necessidade; pressuposição,[120] razão pela qual, embora tenha sido um

---

[117] RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis.* São Paulo: Saraiva, 1937, p. 153.

[118] Nos anos seguintes a intervenção nos contratos se deu através da atuação do legislador. Cf. RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis.* São Paulo: Saraiva, 1937.

[119] RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis.* São Paulo: Saraiva, 1937, p. 149.

[120] Antônio M. R Menezes Cordeiro, comentando o ressurgimento da cláusula *rebus sic standibus*, afirma que "a esta <idade do ouro> da eficácia da alteração das circunstâncias, através da cláusula *rebus sic standibus*, tem a sua origem num exacerbar da componente voluntarística do princípio contratual corresponde à ascensão de um subjetivismo liberal que, sempre na lógica da sistemática central, acentua, do contrato, o momento da formação, em detrimento de uma integração mais ampla do tipo grociano" (MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil.* Coimbra: Almedina, 2013, p. 949).

passo importante na mudança de direção do *pêndulo,* não significou verdadeira ruptura paradigmática. A teoria da imprevisão que, nesta fase, foi a de maior destaque, mantinha "as premissas fundamentais da teoria contratual tradicional: vontade individual e abstração. É a preservação do contrato nos seus moldes clássicos elaborados nos séculos XVII e XVIII".[121]

1.2.2. Repercussões no direito civil brasileiro

Esse panorama alcança o cenário jurídico brasileiro, ainda que de forma acanhada, nos anos seguintes a entrada em vigor do Código Civil de 1916. Isso porque, não obstante a clara opção do legislador de 1916, já ecoavam vozes favoráveis à introdução de normas mais protetivas e com viés social, como a observada nas discussões acerca do capítulo sobre locação de serviços.[122]

E, talvez influenciado pelo contexto internacional, a proteção máxima da vontade passa a ser questionada a partir dos anos 1920, quando foi possível observar o surgimento de uma tendência revisora do ordenamento por intermédio da intervenção estatal na economia e nas relações privadas. Esse contexto intervencionista, na seara contratual, dá início ao que se convencionou chamar de dirigismo contratual.[123]

Por dirigismo contratual entende-se a intervenção externa no contrato, seja por meio da atuação do legislador (dirigismo legislativo), seja por meio da atuação do magistrado, revisando o conteúdo do contrato (dirigismo jurisprudencial), fazendo com que o mesmo deixe de ser instrumento da vontade absoluta. É, pois, mecanismo de ingerência do poder público na seara contratual, que se justifica quando há desigualdade fática entre aqueles que contratam entre si.

Trata-se, portanto, de fenômeno de constrição do contrato em sua concepção clássica, exatamente porque tal interferência externa impõe restrições na autonomia das partes, seja

---

[121] CORDEIRO, Eros Berlin de Moura. *Da revisão dos contratos.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 155.

[122] Cf.: GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro.* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 38-44.

[123] O fenômeno do dirigismo contratual congrega duas espécies, segundo os seus protagonistas. A primeira seria o dirigismo estatal, levado a cabo pela atuação do estado-intervencionista. E, a segunda, seria o dirigismo privado, protagonizado pela grande empresa, cujo traço marcante é a forma de contratação por adesão ou a partir de condições gerais.

pela introdução no sistema de normas imperativas e inderrogáveis – ampliando a própria noção de ordem pública –, seja abrandando o rigor do princípio clássico da obrigatoriedade[124]. Implica, igualmente, um direcionamento por parte do Estado para a realização de certos objetivos socioeconômicos.

Isso se deu porque, como explica Darcy Bessone,[125] tornou-se evidente a necessidade de criação de um sistema de defesas que impedisse que os fracos fossem espoliados pelos mais fortes, bem como para viabilizar a imprescindível inversão de prevalência de interesses, assegurando, a partir de então, o predomínio de objetivos sociais, tais como a solidariedade, sobre objetivos meramente individualistas. Dito de outra forma foi constatado que a liberdade de contratar era, muitas das vezes, apenas teórica para uma das partes. Assim foi necessário equacionar o equilíbrio das posições contratuais.

Com o dirigismo legislativo inicia-se a tendência de fragmentação do próprio sistema de direito privado. Timidamente, já nos anos seguintes a promulgação do Código Civil de 1916, o legislador, por intermédio de leis extravagantes, passou a atender a demandas setoriais. Estas tinham caráter de excepcionalidade e encontravam justificativa plausível nos reflexos internamente percebidos do cenário europeu envolto na Primeira Guerra Mundial.

Como destaca Paulo Luiz Neto Lobo, nessa primeira fase, a intervenção estatal "tem uma função protectiva, favorecendo os economicamente mais fracos, adotando uma atitude de retaguarda. Intervém para estabelecer, pelos meios jurídicos, o equilíbrio".[126] A título de ilustração, cita-se a Lei de Acidentes de Trabalho, de 1919 (Decreto 3.724); Lei Eloy Chaves, de 1923, marco legal do sistema de Seguridade Social no Brasil;[127] edição de leis locatícias, sendo a primeira Lei do Inquilinato o Decreto 4.403, de 1921, pelo qual foram limitados os poderes contratuais dos locadores.

Essa primeira fase intervencionista do Estado, por seu caráter emergencial e justificável, não chegou a abalar a centralidade do código. Contudo, a realidade fática insistiu

---

[124] "Em termos gerais, todo este movimento [...] do dirigismo contratual ou intervenção do Estado na vida do contrato, que conflita com as noções tradicionais de autonomia da vontade, e defende aquela das partes que se revela contratualmente inferior contra abusos do poderoso, que uma farisaica compreensão da norma jurídica antes cobria de toda proteção" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: contratos. v.3. 17. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 25).

[125] BESSONE, Darcy. *Do contrato:* teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 35.

[126] LOBO, Paulo Luiz Neto. *O contrato:* exigências e concepções atuais. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 25.

[127] Seja consentido remeter ao nosso: OLIVEIRA, Francisco Eduardo B.; Beltrão, Kaizô Iwakami; SUGAHARA, Sonoê; PEYNEAU, Fernanda Paes Leme. O idoso e a previdência social. In: CAMARANO, Ana Amélia (Org.). *Os novos idosos brasileiros:* muito além dos 60?. Rio de Janeiro: IPEA, 2004, p.411-426.

em desafiar a sua pretensa completude, e a extensa produção legislativa já na década seguinte, evidenciou que a disciplina jurídica que extravasava do código já não se justificava apenas em situações excepcionais e emergenciais.

Assim, já em uma segunda fase, coincidente com a Revolução de 1930 e o início da Era Vargas, a intervenção estatal na atividade privada, por intermédio da atuação do legislador, é intensificada de tal forma a evidenciar que o Código Civil de 1916 perdia o seu caráter de exclusividade na regulação das relações patrimoniais privadas.[128] A partir de então, o código passa a ser o regulador do direito comum, convivendo com leis setoriais e especiais.[129]

O dirigismo legislativo, próprio da segunda fase intervencionista acima referida, além de ter acarretado a perda de centralidade do Código Civil de 1916, representou, junto com o dirigismo em sua feição jurisprudencial, profunda alteração na dogmática, com a busca por soluções mais objetivistas, exigindo do operador do direito maior preocupação e compromisso com as finalidades das situações jurídicas subjetivas e com o seu respectivo exercício. Como ressalta Paulo Luiz Neto Lobo, nessa segunda fase, o Estado passa "a determinar previamente as regras do jogo, de acordo não mais com os interesses dos particulares, mas com o interesse social. Agora não mais intervém: dirige".[130]

No âmbito do dirigismo legislativo do período, cita-se a Lei de Repressão à Usura (Decreto-lei 22.626, de 1933),[131] em cujo preâmbulo explicitava o objetivo de regular, impedir e reprimir os excessos praticados pela usura, visto que seria de interesse superior que a remuneração exagerada do capital não impedisse o desenvolvimento da classe produtora;[132]

---

[128] TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*, tomo. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.1-24, p. 5.

[129] Importante destacar que na mesma época verificou-se um forte processo de urbanização, bem como uma certa fissura na hegemonia política, visto o ingresso das classes médias urbanas no cenário político.

[130] LOBO, Paulo Luiz Neto, op. cit., p. 25.

[131] Para uma apreciação da aplicação jurisprudencial da referida lei, ver: RTJ 009/418; RTJ 019/90; RTJ 026/177; RTJ 026/384; RTJ 027/409; RTJ 028/138; RTJ 033/787; RTJ 036/46; RTJ 046/318; RTJ 047/558; RTJ 053/21; RTJ 054/24; RTJ 059/922; RTJ 060/842; RTJ 063/764; RTJ 070/93; RTJ 072/472; RTJ 075/257; RTJ 075/299; RTJ 080/900; RTJ 083/772; RTJ 084/980; RTJ 085/782; RTJ 101/800; RTJ 105/440; RTJ 106/585; RTJ 122/672.

[132] Orlando Gomes esclarece que a condenação à usura se funda "no interesse social de proibir que prevaleça alguém de circunstâncias fortuitas para tirar proveito anormal". A rigor, diferentemente da lesão, na hipótese da usura, a vontade de quem sofre a exploração permanece incólume, livre de qualquer defeito ou vício, razão pela qual, não é o interesse individual, mas social, que está em jogo. A proteção contra a usura é, em verdade, uma reação contra aquele que a pratica. Condena-se, portanto, a vontade daquele que explora, "por ser condenável como atentatória dos bons costumes". E, exatamente por isso, a sanção imposta é a nulidade. (GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 30).

a Lei de Reajustamento Econômico (Decreto-Lei 24.233, de1934) impondo aos mutuantes, nos contratos referentes ao setor cafeeiro, formas especiais de adimplemento; a Lei do Loteamento (Decreto-Lei 58, de 1937) regulando o loteamento e a venda de terrenos a prazo.

Em relação à revisão contratual propriamente dita, assim como observado na experiência estrangeira, a atuação jurisprudencial foi de grande importância, especialmente diante da ausência de previsão legal específica, bem como da necessidade de se buscar soluções, adaptar o direito a realidade dos fatos, especialmente ao cenário econômico que se apresentava.[133] Não surpreende, portanto, que no âmbito jurisprudencial já se discutisse a possibilidade de revisão dos contratos, especialmente em virtude do desequilíbrio dos mesmos decorrente da alta inflacionária.[134]

Assim, a inserção da cláusula *rebus sis standibus* no ordenamento jurídico brasileiro foi fruto da construção pretoriana e, ao que tudo indica, se deu por meio de acórdão proferido em sede de Recurso Extraordinário em 05 de janeiro de 1938.[135] A controvérsia dizia respeito a interpretação dada pelo tribunal de origem ao artigo 1.058 do Código Civil de 1916, o qual exonerava de responsabilidade o devedor pela inexecução da obrigação resultante de caso fortuito ou de força maior.[136] Como ficou expresso no voto do Ministro Octávio Kelly, "a corte local aplicou a um caso em que se discutia o inadimplemento de certo ajuste, a isenção de responsabilidade fora das expressas exceções constantes do art. 1.058 do C. Civil, com a aceitação da cláusula *rebus sic standibus*".

Em extenso voto, ao que parece decisivo para o convencimento dos demais, o Ministro Eduardo Espínola defendeu a necessidade de abertura do sistema, com a oxigenação dos seus postulados e categorias. Após discorrer sobre a experiência estrangeira na aceitação de teses

---

[133] "Todos os processos de defesa contra os efeitos da depreciação monetária visam, afinal, a assegurar, na instabilidade, uma certa segurança no contrato [...]. No fundo, pois, o que se busca é a segurança, o império da justiça comutativa. Os caminhos são diferentes, a meta, a mesma. 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 – depolorando-a embora – para adaptar o direito aos fatos" (Ibid, p. 156).

[134] Para uma análise da atuação jurisprudencial brasileira sobre a revisão judicial dos contratos privados nas primeiras décadas do século XX, ver: FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, pp. 310-321.

[135] STF, Tribunal Pleno, RE 2.675. Rel. Min. Laudo de Camargo. Rel. ad-hoc. Min. Costa Manso. J.: 05/01/1938.

[136] Art. 1.058, CC 1916. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado, exceto nos casos dos art. 955, 956 e 957. Parágrafo único. O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir.

revisionistas, afirmou que "não temos, também, nenhuma regra que permita, de modo expresso, a cláusula *rebus sic standibus* nem, tão pouco, qualquer regra que a proíba de modo terminante". Em seguida, defendeu a interpretação extensiva do artigo 1.058 do Código Civil, de forma a extrair do dispositivo a "possibilidade de se reduzir a obrigação ou de a invalidar, pela mudança radical da situação".

Aduziu ainda, que tal construção iria ao encontro de determinação do próprio código, no sentido de que a interpretação deve atender mais a intenção das partes do que a literalidade da declaração. Por fim, identificou no artigo 954,[137] que traz a possibilidade de antecipação do vencimento de uma obrigação em virtude da alteração da situação patrimonial do devedor uma modalidade da cláusula *rebus sic standibus*, o que implicaria reconhecer a possibilidade de alteração do conteúdo do contrato em virtude de mudança superveniente da situação fática: "De modo geral, isto nada tem a ver com a imprevisibilidade, porque houve previsão, mas é uma aplicação, embora restricta da cláusula r.s.s".

A análise dos votos evidencia o grande esforço argumentativo para permitir a flexibilização do *pacta sunt servanda.* Cumpre destacar que o acolhimento da cláusula *rebus sic standibus* se deu de forma indireta, a partir da não admissão de um recurso extraordinário, interposto sob o fundamento de que o acórdão recorrido teria deixado de aplicar lei federal. Os ministros entenderam que a lei havia sido aplicada, a partir de uma interpretação, por assim dizer, inovadora. E, embora não fosse necessário adentrar na discussão de mérito, o Ministro Eduardo Espínola ofereceu toda a construção acima descrita.

Nos casos que se seguiram, ainda que mantida a excepcionalidade, as decisões favoráveis à incidência da cláusula *rebus sic standibus,* a afirmavam de forma expressa. Assim, em 1945, em caso versando sobre contrato de empreitada a preço fixo que havia se tornado desequilibrado em virtude da Segunda Guerra Mundial, foi consignado que "a regra *pacta sunt servanda* sofre temperamentos já tantas vezes explicados em circunstâncias extraordinárias".[138] Em 1948, novamente o STF reconhece a aplicabilidade da teoria da imprevisão em um contrato de empreitada.[139]

---

[137] Art. 954, CC 1916. Ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado neste Código: I - Se, executado o devedor, se abrir concurso creditório. II - Se os bens, hipotecados, empenhados, ou dados em anticrese, forem penhorados em execução por outro credor. III - Se cessarem, ou se tornarem insuficientes as garantias do débito, fidejussórias, ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforça-las. Parágrafo único. Nos casos deste artigo, se houver, no débito, solidariedade passiva (arts. 904 a 915), não se reputará vencido quanto aos outros devedores solventes.

[138] STF, Agr. Instrumento 12.472. Rel. Min. Philadelpho Azevedo. J.: 03/09/1945.

[139] STF, 1T. RE 11.415. Rel. Min. Álvaro Ribeiro da Costa. J.: 13/09/1948.

Superado o período bélico, mas mantido o cenário econômico adverso, as demandas revisionais persistiram, mas, de uma forma geral, encontraram certa resistência dos tribunais nacionais. Segundo Noé Azevedo, pelo menos nesse primeiro momento, os tribunais pátrios teriam seguido a orientação francesa, fugindo, via de regra, da teoria da imprevisão, "obrigando os devedores ao cumprimento rigoroso dos ajustes feitos, salvo quando ocorresse o caso fortuito ou a força maior, com perfeita caracterização de uma impossibilidade irremovível quanto ao cumprimento das prestações".[140]

A fim de melhor ilustrar a recepção, pela jurisprudência brasileira, da tendência revisionista mencionada, foi realizada uma pesquisa, utilizando como parâmetro de busca a expressão *"rebus sic standibus*" na Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF),[141] obtendo-se um retorno de vinte julgados, tendo sido um desconsiderado, posto datar de 2008, extrapolando, portanto, os limites temporais da análise feita nesta seção.[142]

A maioria dos julgados – quinze, de um total de dezenove – versava sobre contrato de empreitada a preço fixo,[143] seja nos termos do artigo 1.246 do Código Civil de 1916,[144] seja nos termos do artigo 55, parágrafo 1º da Lei 4.591, de 1964;[145] um julgado versava sobre

---

[140] AZEVEDO, Noé. *O dirigismo na vida contratual:* aplicação da cláusula *rebus sic standibus.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1943, p. 7.

[141] Cumpre esclarecer que o primeiro volume da referida publicação data de 1957 e o último refere-se ao período de julho a setembro de 2013.

[142] Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2.649, ajuizada pela Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros (ABRATI) contra a Lei nacional 8.899, de 29 de junho de 1994, que concedeu passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual às pessoas portadoras de deficiência. (RTJ 207/583).

[143] RTJ 035/597; RTJ 036/104; RTJ 041/709; RTJ 041/725; RTJ 046/131; RTJ 051/187; RTJ 057/44; RTJ 060/774; RTJ 061/682; RTJ 063/551; RTJ 066/561; RTJ 096/667; RTJ 109/153; RTJ 110/328; RTJ 117/323.

[144] Art. 1.246, CC 1916. O arquiteto, ou construtor, que, por empreitada, se incumbir de executar uma obra segundo plano aceito por quem a encomenda, não terá direito a exigir acréscimo no preço, ainda que os dos salários, ou o do material, encareça, nem ainda que se altere ou aumente, em relação à planta, a obra ajustada, salvo se se argumentou, ou alterou, por instruções escritas do outro contratante e exibidas pelo empreiteiro.

[145] Art. 55, Lei 4.591/64. Nas incorporações em que a construção seja feita pelo regime de empreitada, esta poderá ser a preço fixo, ou a preço reajustável por índices previamente determinados. § 1º Na empreitada a preço fixo, o preço da construção será irreajustável, independentemente das variações que sofrer o custo efetivo das obras e qualquer que sejam suas causas.

revisão de pensionamento derivado de ato ilícito;[146] dois julgados versavam sobre assinaturas permanentes de jornais;[147] e, um julgado versava sobre alteração de política tributária.[148]

No caso versando sobre a revisão do pensionamento,[149] embora esta tenha sido negada, vale mencionar o diálogo travado entre os Ministros Adalício Nogueira e Aliomar Baleeiro. Tratava-se de pedido de revisão de pensão a título de lucros cessantes, que havia sido fixada em valores nominais na sentença e pretendia o autor que a mesma fosse corrigida em conformidade com a variação do salário mínimo, não como forma de majorar o valor nominal da condenação, mas para assegurar o valor real.

O Ministro Relator Adalício Nogueira, seguido pela maioria, entendeu que o assunto deveria ter sido discutido nos autos da liquidação da sentença e, não tendo sido, deveria ser objeto de ação rescisória. Ademais, afirmou a excepcionalidade da cláusula, que só se aplicaria em casos especiais previstos por lei. Já o Ministro Aliomar Baleeiro, argumentou que existiriam outras aplicações para a cláusula *rebus sic standibus* além daquela inicial reconhecida pelo Conselho de Estado na França e que a revisão representaria, na verdade, a correção monetária.

Nos casos versando sobre contrato de empreitada, apesar de todos os acórdãos afirmarem a possibilidade de aplicação da cláusula *rebus sic standibus* no ordenamento jurídico brasileiro, citando, invariavelmente, o precedente do Recurso Extraordinário 2675, julgado em 05 de janeiro de 1938, as decisões, via de regra, negavam a revisão contratual,[150] ao argumento principal de que a variação dos preços dos materiais e dos salários, dado o conhecimento da inflação, não configurava a imprevisibilidade, requisito inafastável para a aplicação da teoria.

Orlando Gomes explica que a teoria da imprevisão, tal como concebida na França, "traz a marca do tempo", sendo uma construção teórica elaborada para absorver o impacto de situações criadas pela guerra. Por isso, pretender estendê-la para "todas as situações de superveniente desequilíbrio contratual significa a sua negação, visto que a ideia da imprevisão

---

[146] RTJ 041/451

[147] RTJ 044/341; RTJ 055/92

[148] RTJ 100/140.

[149] STF, 2T. RE 43.370. Rel. Min. Adalício Nogueira. J.: 08/11/1966. (RTJ 041/451).

[150] Apenas duas decisões foram favoráveis a incidência da cláusula: RE 64.231, de 18/08/1964 (RTJ 51/187) e o RE85.714, de 19/06/1979 (RTJ 96/667).

[...] afasta a possibilidade da revisão do contrato toda vez que o desequilíbrio seja previsível, ou não resulte de acontecimento extraordinário".[151]

Foi exatamente o que se verificou na atuação jurisprudencial nos anos seguintes ao pós-guerra. A inflação no país era algo previsível, razão pela qual, majoritariamente, negava-se a revisão dos contratos, não obstante o desequilíbrio objetivo. Contudo, apesar de não se pretender realizar uma análise da curva inflacionária do período, cumpre destacar que no intervalo de 25 anos, que abarca as decisões em comento, a inflação apresentou variação anual entre 30% e 235%, sendo que as oscilações não foram uniformes, de sorte que, por exemplo, a inflação em 1962 foi de 51,6%; em 1963, de 79,92%; em 1964, de 92,12%; e, em 1965, de 34,24%.[152]

Assim, certamente, a inflação era previsível, mas, a magnitude da mesma, ainda que para intervalos curtos, não era. Essa percepção, ao que tudo indica, motivou o posicionamento adotado no Recurso Extraordinário 85.714, tendo sido tal fato destacado no voto do Ministro Relator: "Dizer-se que a inflação já era notória, não constitui resposta suficiente para a questão suscitada. A inflação era notória. Mas desenvolvia-se em lenta ascensão. De súbito [...] tornou-se avassaladora. [...]. A aceleração desse movimento inflacionário não podia ser previsto, pelo menos nos termos em que se verificou" .[153]

Em suma, no período em questão, apesar de se verificar certa abertura para o influxo revisionista, a posição adotada pela jurisprudência, apoiada, inclusive, na doutrina, era no sentido da aceitação excepcional da intervenção judicial nos contratos. E, nesse contexto, questão até hoje controversa, é a que diz respeito ao efeito do reconhecimento da onerosidade excessiva em decorrência de fatos supervenientes e imprevisíveis. Indaga-se se seria consentido ao juiz revisar o contrato ou apenas resolvê-lo.

Ante o silêncio do Código Civil de 1916 e privilegiando-se a vontade das partes, como esclarece José Ricardo Pereira Lira, de início, a inclinação foi no sentido da resolução contratual, sendo admitida a modificação do contrato apenas com a anuência do credor,[154] ou

---

[151] GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 148.

[152] Fonte: Inflação - IGP-DI - (% a.a.) - Fundação Getúlio Vargas, Conjuntura Econômica. Série completa disponível em: http://www.ipeadata.gov.br/

[153] "A aplicação da cláusula *rebus sic standibus* não importa na negativa de vigência do art. 1246 do Código Civil, se ocorre aumento imprevisível do surto inflacionário, depois de celebrado o contrato de empreitada e no prazo da execução das obras" (STF, 1T. RE 85.714. Rel. Min. Soares Muñoz. J.: 19/06/1979. – RTJ 96/667).

[154] LIRA, José Ricardo Pereira. A onerosidade excessiva no Código Civil e a impossibilidade de modificação judicial dos contratos comutativos sem anuência do credor. In: TEPEDINO, Gustavo, FACHIN, Luiz Edson

nas hipóteses expressamente previstas pelo legislador, tais como na revisão dos contratos de locação de imóveis.[155] Nesse sentido, posicionava-se Arnoldo Medeiros da Fonseca, ao argumento de que, em nosso direito, salvo com autorização expressa em lei, autorizando tal poder, ou fixando as condições de execução do contrato, o juiz não poderia propriamente revisar o contrato, mas tão somente, resolvê-lo. A justificativa do referido autor fundava-se na preservação da força obrigatória dos contratos e na ilicitude da sobreposição da vontade do magistrado à vontade das próprias partes.[156]

Atualmente, verifica-se certa tendência, ainda que inexista consenso nesse sentido, para uma atuação mais ativa do magistrado, revisando os contratos e não apenas resolvendo-o. Essa mudança pode ser atribuída à norma do artigo 317 do Código Civil,[157] bem como à uma tendência mais geral de concretização do princípio da conservação dos negócios jurídicos.[158] Esse ponto será retomado no Capítulo 3, onde será apresentada uma breve descrição do sistema adotado pelo Código Civil de 2002.

(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. 425-456, p.439.

[155] Decreto 19.573, de 07/01/1931; Decreto 20.632, de 09/11/1931; Decreto 24150, de 20/04/1934; Decreto 4.958, de 20/08/1942. Para uma análise mais completa acerca da legislação especial, autorizando a revisão dos contratos, cf. FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.329-343.

[156] "Reunidas as condições necessárias para que se possa dar a intervenção judicial, pensamos, contudo, que ao juiz em nosso direito, não é facultada propriamente a revisão do contrato, mantida a sua força obrigatória, salvo quando a lei expressamente lhe atribuir esse poder, ou fixar as condições em que continuará a convenção a ser executada. Esta é, fundamentalmente, um acordo de vontades, não parecendo lícito, sem texto expresso, sobrepor a vontade do magistrado ao querer das partes para lhes determinar, para o futuro, a observância de condições novas" (FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.347-348).

[157] Art. 317, CC 2002. 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.

[158] Art. 184, CC 2002. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.

2. CONTRATO NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

2.1. Ordem econômica constitucional

Toda a atividade econômica desenvolvida em um dado contexto social não pode ser compreendida como fato extrajurídico. Certamente, enquanto disciplina autônoma, a economia possui uma racionalidade própria. Mas, sendo uma ciência cuja finalidade é a aplicação em um dado contexto social, necessariamente, deve afastar-se da abstração teórica e visar o exercício concreto da atividade econômica, a qual se desenvolve em um contexto juridicamente regulamentado.[159] Por essa razão, o objeto aqui sob análise não é a economia mas, sim, a ordem econômica que, como destacado por Eros Grau, é parcela integrante de um sistema jurídico formado por princípios e regras que abarcam uma ordem pública, uma ordem privada, uma ordem econômica e uma ordem social.[160]

Já o contrato, por ser instrumento a serviço da operacionalização das atividades econômicas, insere-se na ordem econômica, sendo o seu regime diretamente influenciado pelas opções jurídicas conformadoras de todo o sistema ao qual pertence. Isso porque os contratos são "condutos da ordenação dos mercados, impactados por normas jurídicas que não se contém nos limites do Direito Civil: preceitos que instrumentam a intervenção do Estado sobre o domínio econômico, na busca de soluções de desenvolvimento e justiça social".[161]

Faz-se tal ressalva a fim de afastar argumentos centrados nos postulados de uma ou outra teoria econômica. A ordem jurídica, insiste-se, conforma a ordem econômica.[162] E, mais

---

[159] A respeito da inter-relação entre direito e economia, Orlando Gomes e Antunes Varela argumentam que "não se torna necessário chegar aos extremos do materialismo histórico ou dialético (hoje impugnados pela generalidade dos pensadores), quanto ao papel atribuído ao fator econômico na evolução das sociedades, para se proclamar a constante repercussão que encontram nas estruturas jurídicas as modificações registradas nas relações econômicas ou para reconhecer o poderoso estímulo que algumas inovações legais constituem no processo de desenvolvimento econômico" (GOMES, Orlando, VARELA, Antunes. *Direito econômico.* São Paulo: Saraiva, 1977, p. 74-75).

[160] GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988.* 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 59.

[161] Ibid, p. 92.

[162] Miguel Reale, analisando a inter-relação entre Direito e Economia, conclui que "o Direito é como o rei Midas. Se na lenda grega esse monarca convertia em ouro tudo aquilo em que tocava, aniquilando-se na sua própria riqueza, o Direito, não por castigo, mas por destinação ética, converte em jurídico tudo aquilo em que

precisamente, o constituinte determina qual o modelo econômico compatível com os objetivos do ordenamento vigente. Como sublinhado por Pietro Perlingieri, entre o mercado e o direito há uma inseparabilidade lógica e histórica, na medida em que o mercado é, ao mesmo tempo e por definição, uma instituição econômica e jurídica, caracterizado por escolhas políticas. E, por essa razão, o mercado é um *locus* no qual a liberdade econômica é historicamente definida por um contexto cultural e normativo.[163]

Um breve olhar sobre as diversas constituições brasileiras evidencia essa retroalimentação entre o direito e a economia, a partir das opções políticas prevalentes.

As constituições brasileiras de 1824 e 1891,[164] ambas com traços marcadamente liberais,[165] foram omissas em disciplinar a ordem econômica. Tal opção não surpreende, dado que, como ressaltado por Josephat Marinho, até a Primeira Guerra Mundial, "não ser preponderantemente intervencionista era o modo considerado próprio de o Estado orientar o processo econômico e social".[166] No mesmo sentido, Eros Grau explica que as Constituições liberais não se ocupavam de disciplinar uma ordem econômica, sendo suficiente apenas a inserção de algumas disposições acerca da propriedade privada e da liberdade contratual,

---

toca, para dar-lhe condições de realizabilidade garantida, em harmonia com os demais valores sociais" (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito.* 27. ed. (2002). 10. tir. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 20).

[163] PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato:* problemi del diritto civile. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, p. 271-272.

[164] Ambas as constituições não traziam disciplina acerca da ordem econômica, mas estabeleciam, entre os direitos fundamentais, a propriedade e a liberdade:
Constituição de 1824, Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude.
Constituição de 1891, Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: § 17. Os direitos de propriedade mantem-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indemnização prévia.

[165] Paulo BONAVIDES destaca que a Constituição de 1824 foi influenciada pelo modelo francês, não obstante as particularidades aqui implementadas e representou "largo passo para a estreia formal definitiva de um Estado liberal". Já a Constituição de 1891, segundo o mesmo autor, aproximou-se do modelo norte-americano, acolhendo "todas aquelas técnicas de exercício da autoridade preconizadas na época pelo chamado ideal de democracia republicana imperante nos Estados Unidos e dali importadas para coroar certa modalidade de Estado liberal, que representava a ruptura com o modelo autocrático do absolutismo monárquico e se inspirava em valores de estabilidade jurídica vinculados ao conceito individualista de liberdade" (*Curso de direito constitucional.* 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 363 e 365).

[166] O autor explica ainda que, garantindo amplamente a propriedade privada e a livre iniciativa, o poder político modelava o regime econômico individualista. (Cf: MARINHO, Josephat. Constituição Econômica. *Revista de Direito Administrativo*, n. 156. Rio de Janeiro, abr./jun. 1984, p. 1-14, p. 2).

restando ao nível infraconstitucional, a partir de disposições confirmadoras do capitalismo concorrencial, a composição da normatividade da ordem econômica liberal.[167]

Vital Moreira, após ressaltar que a inação é apenas uma forma particular de ação, explica que a separação estado-economia é "inerente ao modelo liberal do estado, à imagem do estado-guarda-noturno e da sociedade autorregulamentando-se a si mesma".[168] Frisa-se que o autor não está afirmando que no modelo genuinamente liberal do século XIX existia completa dissociação entre Estado e economia, mas, uma opção pela não intervenção do Estado no domínio econômico, visto que esta inação correspondia aos interesses do poder econômico dominante na época. Adverte ainda o mesmo autor que a separação estado-economia refletia, a rigor, a separação entre Estado absoluto e sociedade burguesa, razão pela qual, bem demarcada historicamente, de sorte que a validade de tal dualismo se perde com as transformações da estrutura da sociedade.

A essa fase corresponde o desenvolvimento da teoria contratual clássica, cujos alicerces, como já mencionado no capítulo anterior, eram a vontade e a igualdade formal, inexistindo espaço para a intervenção, seja do juiz, seja do legislador no conteúdo das avenças. Como destacado por Luiz Edson Fachin e Gabriel Schulman, não era considerada a situação dos contratantes "nem se percebia as possíveis ligações entre contratos diversos ou sua utilidade social. [...] a presunção de isonomia dos contratantes embasava a ficção da igualdade dos contratos. Em suma, dominava uma racionalidade da indiferença".[169]

Porém, ainda segundo Vital Moreira, com o advento de uma estrutura social pluralista e de massa, Estado e economia acabam conjugando-se.[170] Com isso, a opção pela não intervenção no domínio econômico passa a ser relativizada, no contexto internacional, pelas

---

[167] GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988.* 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 71.

[168] MOREIRA, Vital. Economia e Constituição: para o conceito de Constituição Económica. *Boletim de Ciências Económicas*, vol. XIX. Faculdade de Direito de Coimbra, 1976, p.1-47, p. 8-10.

[169] FACHIN, Luiz Edison. SCHULMAN, Gabriel. Contratos, ordem econômica e princípios: um diálogo entre o direito civil e a Constituição 20 anos depois. In: Bruno Dantas et. al. (Org.). *Constituição de 1988, o Brasil 20 anos depois*, v. 4. Brasília: Senado Federal, 2008, p. 347-377, p.350.

[170] "Fundamentalmente trata-se das alterações na estrutura da sociedade: por um lado, à sociedade do modelo liberal, centrada unidimensionalmente sobre o indivíduo, «privada», apolítica e contraposta ao estado monopolizador do político, ter-se-ia sucedido uma «sociedade pluralista», centrada já não sobre o indivíduo, mas sobre grupos de toda a ordem (partido, associações econômicas, sindicatos, associações culturais e religiosas), dotado de dimensão «pública», mantendo entre si múltiplas relações de concorrência ou de complementaridade, perante uma máquina do estado que não é agora mais o detentor único do poder político" (MOREIRA, Vital. Economia e Constituição: para o conceito de Constituição Económica. *Boletim de Ciências Económicas*, vol. XIX. Faculdade de Direito de Coimbra, 1976, p.1-47, p. 14).

Constituições mexicana, de 1917 e alemã, de 1919,[171] surgindo, então, a ideia de constituição econômica.[172] Luiz Regis Prado leciona que:

> A expressão Constituição econômica se apresenta como categoria conceitual que, do ponto de vista histórico, emerge para caracterizar a moderna noção de constitucionalismo que alberga um duplo aspecto. Vale dizer: ao lado da Constituição política – estatuto jurídico fundamental do poder político ou das relações entre o Estado e os cidadãos –, posta-se a Constituição econômica – ordenação jurídica das estruturas e relações econômicas –, com implicação dos cidadãos e do Estado, sobretudo, em função de seu protagonismo no desenvolvimento da vida econômica, característico do Estado social de Direito".[173]

A expressão intervenção ou intervencionismo do estado no domínio econômico está sendo aqui empregada em sentido estrito, designando, pois, a atuação estatal em área de titularidade do setor privado. Mais precisamente, interessa aos fins do presente estudo, a atuação do Estado na regulamentação do mercado, condicionando a ação dos agentes econômicos aos princípios e valores fundamentais do ordenamento.

Esta faceta do intervencionismo representa, como advertem Orlando Gomes e Antunes Varela, "uma das mais expressivas manifestações da nova função do Direito e das tarefas impostas ao legislador pelas transformações sociais ocorridas nos últimos decênios".[174] Segundo os autores, o Estado passou a atuar duplamente na ordem econômica, de forma interventiva e de forma participativa. E, dessa dupla ação teria sido descoberta "nova função do Direito como instrumento de organização de relações sociais mais equitativas e de equilíbrio entre as forças econômicas operantes no contexto social".[175]

No cenário nacional, a tendência intervencionista, que já se verificava desde os anos 1920[176] (item 2.2, Cap.1), ganha *status* constitucional em 1934, quando pela primeira vez foram definidos contornos gerais para a ordem econômica, indicando, ainda que de forma

---

[171] A Constituição de Weimar é usualmente referida como marco do surgimento da ideia de constituição econômica, em virtude das disposições acerca da vida econômica, bem como da influência exercida pelo ordenamento alemão. Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Entre o Estado Total e o Estado Social.* Atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar. 2011. 157f. Tese (Livre docência). Faculdade de Direito, Universidade do Estado de São Paulo. São Paulo, 2003.

[172] Destaca-se que estamos utilizando as expressões ordem econômica e constituição econômica como sinônimas, a fim de designar o conjunto de princípios e regras fundamentais relativas à organização da atividade econômica em certa sociedade. Frisa-se, ainda, que não se trata apenas das disposições constantes de título próprio, mas do conjunto de normas dispersas pelo texto constitucional com esse fim.

[173] PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 40.

[174] GOMES, Orlando, VARELA, Antunes. *Direito econômico.* São Paulo: Saraiva, 1977, p. 30-31.

[175] Ibid, p. 31.

[176] Ver Capítulo 1.

tímida, quando comparada à Constituição de 1988, a maneira como deveriam se relacionar as diversas variáveis do sistema econômico, *vis-à-vis* os critérios políticos e os institutos jurídicos correspondentes. A partir de então, foi sendo gradativamente ampliado o espaço e o modo de intervenção do Estado no domínio econômico nas constituições seguintes, até se alcançar o modelo solidarista cunhado pela Constituição de 1988.

Nesse novo contexto marcado pela postura intervencionista do Estado na economia, o contrato deixa de ser expressão da autonomia privada apenas, passando a ser também uma "estrutura de conteúdo complexo e híbrido, com disposições voluntárias e compulsórias, nas quais a composição dos interesses reflete o antagonismo social entre as categorias a que pertencem os contratantes".[177]

Frisa-se que desde a Constituição de 1934 utilizou-se a ideia de justiça social como parâmetro orientador da ordem econômica. No entanto, seja pela vagueza e indeterminação do conceito, seja pela apreensão generalizada do termo, em observância às próprias normas constitucionais correlatas, o denominador comum parece ser a tentativa de harmonização entre os princípios da igualdade e da liberdade no exercício da atividade econômica, impactando diretamente a disciplina dos contratos.

Na Constituição de 1934,[178] o artigo 115 inaugura o título da ordem econômica e social expressando a relatividade da liberdade econômica, a qual era garantida, desde que a ordem econômica – aqui empregada como relação entre os fatores de produção e não como ordem jurídica[179] – fosse organizada em conformidade com os princípios de justiça e as necessidades da vida nacional, possibilitando a todos uma existência digna.[180] Já em uma perspectiva diretiva, o constituinte determinou que a lei promovesse a economia popular (art. 117), as condições adequadas de trabalho (art. 121) e o direito de preferência do locatário de

---

[177] GOMES, Orlando. *Contratos.* 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 15.

[178] Sobre a regulamentação constitucional da ordem econômica na Constituição de 1934, Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR explica que: "Esta forma aberta de referir-se à liberdade no mundo de mercados fazia pensar numa concorrência em que os poucos negócios mantinham um razoável equilíbrio, de tal modo que o Poder Público se restringisse a repreender formas desleais de concorrência, assim mesmo de modo vago e atendendo antes a princípios éticos" (Lei de defesa da concorrência – origem histórica e base constitucional. *Revista dos Mestrandos em Direito da UFBA*, n. 2. Salvador, julho/91-junho/92, p. 65-74, p. 65).

[179] Utilizando a terminologia empregada por Eros Grau, tratava-se do mundo do ser e não do dever ser. (Cf.: GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988.* 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 84).

[180] Art. 115, Constituição de 1934. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.
Parágrafo único - Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões do País.

imóveis não residenciais (art. 127). Ademais, proibiu expressamente a usura, remetendo à legislação penal a forma de sua punição (art. 117).

A Constituição de 1937, não obstante ter se referido apenas à ordem econômica, incluiu dispositivo específico acerca do trabalho e do dever do Estado em assegurar as condições necessárias para o exercício laboral e a subsistência do indivíduo (art. 136). Manteve o mandamento de fomento à economia popular, equiparando os crimes contra essa aos crimes contra o Estado (art. 141), bem como, determinou a punição da usura (art. 142). Indo além, na esteira da proposta do Estado Novo em conciliar o bem coletivo com os direitos individuais, o texto constitucional dispôs sobre a intervenção no domínio econômico, a qual seria excepcional e legitimada apenas para "suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação" (art. 135).

As constituições da década de 1930 expressavam o que Orlando Gomes e Antunes Varela[181] identificam como a primeira fase do intervencionismo estatal no domínio econômico brasileiro. Essa fase, como referido no Capítulo 1, corresponderia a uma intervenção legislativa individualista, paternalista e transitória. O objetivo era amparar, temporariamente, determinados grupos de pessoas que se encontravam em situação de inferioridade ou necessidade. Na esfera infraconstitucional, "os primeiros diplomas legais, no âmbito econômico, tinham por escopo uma classificação de ilicitudes penais, sendo as formas de concentração, o monopólio primordialmente, qualificados como crime".[182]

Na década seguinte, a Constituição de 1946 trouxe algumas alterações sensíveis, evidenciando o início de uma segunda fase do intervencionismo, caracterizada pela "generalização das medidas de equilíbrio nas relações jurídicas, adoção de outras tantas e alargamento da noção de ordem pública com extensão às medidas de estratégia econômica".[183] Inicialmente, no artigo 145, foi afirmada a necessidade de conciliação entre a

[181] GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. *Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 57.

[182] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Lei de defesa da concorrência – origem histórica e base constitucional. *Revista dos Mestrandos em Direito da UFBA*, n. 2. Salvador, julho/91-junho/92, p. 65-74, p. 66.

[183] GOMES, Orlando; VARELA, Antunes, op. cit., p. 58.

liberdade de iniciativa e a valorização do trabalho humano, sendo esse o primeiro critério apontado para a organização da ordem econômica.[184]

Ademais, manteve a previsão acerca da possibilidade de intervenção no domínio econômico (art. 146), bem como a punição da usura (art. 154). Indo além, incluiu a primeira referência constitucional sobre a necessidade de a propriedade cumprir uma função social.[185] E, refletindo a constatação da desigualdade fática entre os agentes econômicos, prescreveu, no artigo 148, a repressão a toda forma de abuso do poder econômico, "inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros".[186] No entanto, a repressão ao abuso de poder econômico ficou sem regulamentação até 1962, quando da promulgação da Lei 4.137.

Com a Constituição de 1967, em modelo seguido pela Emenda Constitucional de 1969, altera-se a técnica legislativa, positivando, a partir de uma série de princípios, a noção de ordem pública econômica, compreendida como conjunto de normas impostas pelo poder público para a organização das relações econômicas, inderrogáveis pelos particulares. "A lei passa a disciplinar com outro espírito tais relações, adotando-se novas técnicas jurídicas e emprestando-se maior relevo e significação mais precisa a certas noções, construções e princípios".[187]

A partir de então, a ordem econômica passa a ter uma conotação mais próxima ao dever-ser, sendo orientada por princípios, entre os quais, a liberdade de iniciativa; a valorização do trabalho como condição da dignidade humana; a função social da propriedade; a harmonia e a solidariedade entre os fatores de produção; o desenvolvimento econômico; a repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.[188]

---

[184] Vale mencionar que a Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei nº 5.452, havia sido promulgado três anos antes, em 1º de maio de 1943.

[185] Art. 147. O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, §16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos. Sobre o tema, ver: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. Usucapião imobiliária urbana independente de metragem mínima: uma concretização da função social da propriedade. In: _____ (Coord.). *Direito das relações patrimoniais:* estrutura e função na contemporaneidade. Lisboa: Juruá, 2015, p.13-34.

[186] Tal previsão foi regulamentada pela Lei 4.137, de 10/09/1962.

[187] GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. *Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 58.

[188] Orlando Gomes e Antunes Varela, em obra sobre direito econômico, datada do final da década de 1970, observam a instrumentalização das leis para o desenvolvimento econômico, afirmando que "o valor normativo transferiu-se para o comportamento político na medida em que estimula e concorre para o desenvolvimento

Por fim, a Constituição de 1988, ao consagrar a tendência intervencionista iniciada nas primeiras décadas do século XX, impôs a reformulação dos arranjos sociais e econômicos. Especificamente na seara contratual, representou, a um só tempo, a fragmentação do modelo contratual clássico, bem como determinou as bases para sua reconstrução.

Como já referido, a expressão ordem econômica, tal como é aqui empregada, abarca não só as disposições constantes do título homônimo presente no texto constitucional, mas todo o conjunto de normas dispersas no corpo da Constituição que são direcionadas ou aplicáveis ao fim de organização da atividade econômica.

Faz-se essa ressalva porque, não obstante a importância das disposições constitucionais específicas sobre a ordem econômica, parece que a potencialidade das mesmas só pode ser alcançada a partir da interpretação dos fundamentos e objetivos do Estado, elencados nos artigos iniciais do texto constitucional.[189] Isso porque o modelo segundo o qual será feita a organização econômica de determinada sociedade depende dos valores e princípios fundamentais derivados de opções políticas acerca da própria concepção do Estado.[190]

Essa correlação e, mais ainda, a subordinação dos preceitos da ordem econômica aos princípios e valores fundamentais do Estado, constantes dos artigos 1º e 3º da Constituição Federal, já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1950, na qual se discutia a constitucionalidade da lei estadual que estabelecia a meia entrada de estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino em casas de diversão, esporte, cultura e lazer. Na ocasião, restou consignado que:

> É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da 'iniciativa

---

material da sociedade. A regra de Direito não se ordena mais a uma ideia de justiça; passa a ser aferida pela eficácia técnica. Empolgado por esse pensamento, o legislador convenceu-se de que as leis devem ser, antes de mais nada, um meio, um instrumento, uma técnica a serviço do Estado no cumprimento da programação econômica social" (Ibid, p. 17-18).

[189] Luís Roberto Barroso adverte que "o ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui" (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 151).

[190] AMARAL, Francisco. A liberdade de iniciativa econômica. Fundamento, natureza e garantia constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 92, p, 221-240, 1986, p. 227.

> do Estado; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (arts. 23, V, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição). Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer são meios de complementar a formação dos estudantes. (ADI 1.950, rel. min. Eros Grau, julg.: 3/1/2005, Plenário, DJ de 2-6-2006.)

Em virtude da unidade da Constituição, inexiste hierarquia entre as normas constitucionais, porém, é possível identificar funções distintas para as mesmas. Partindo dessa premissa, Luís Roberto Barroso identifica três categorias de princípios constitucionais: i) princípios fundamentais, que seriam "aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do Estado",[191] constituindo o núcleo imutável do sistema; ii) princípios gerais, que seriam desdobramentos dos primeiros e que se irradiam por todo o sistema; e, iii) princípios setoriais ou especiais, "que são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetos a determinados temas".[192]

Segundo essa sistematização, a dignidade da pessoa humana e a livre iniciativa, juntamente com o valor social do trabalho, seriam princípios fundamentais, e os dois últimos, quando inseridos na ordem econômica, conformariam um princípio setorial. Já a solidariedade e a igualdade substancial, extraídas dos objetivos de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e da erradicação das desigualdades, seriam princípios gerais. Depreende-se, portanto, que a concretização dos princípios setoriais deve ser feita em harmonia com os princípios fundamentais e os gerais.

De fato, o constituinte definiu, nos artigos iniciais do texto constitucional, sob a forma de fundamentos e objetivos, uma nova ordem pública, condicionante de todo o corpo normativo, tanto o constitucional, quanto o infraconstitucional. Essa nova ordem pública, como ressaltado por Gustavo Tepedino "eleva ao ápice do ordenamento a tutela da pessoa humana, funcionalizando a atividade econômica privada aos valores existenciais e sociais ali definidos".[193] E, indo além, para não restar qualquer dúvida, o constituinte expressamente condiciona a livre iniciativa a esses valores, quando disciplina a ordem econômica.

---

[191] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 155.

[192] Ibid, p. 156.

[193] TEPEDINO, Gustavo. Direitos humanos e relações jurídicas privadas. In: *Temas de Direito Civil.* 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 63-84, p. 80.

Na perspectiva de harmonização dos princípios constitucionais, Eros Grau afirma que o inciso IV do artigo 1º da Constituição Federal deve ser lido como o valor social da livre iniciativa em comunhão com o valor social do trabalho, privilegiando, portanto, valores igualitários e socializantes.[194] Nas palavras do referido autor, "isso significa que a livre iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso".[195]

A rigor, o constituinte reforça essa estreita relação entre liberdade e solidariedade ao determinar os objetivos fundamentais do ordenamento, entre os quais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. E, em sequência, introduz o princípio da igualdade substancial, a ser concretizado, entre outras coisas, pela erradicação da pobreza e da marginalização, assim como pela redução das desigualdades sociais e regionais, sendo este último presente também como princípio de ordem econômica. Nessa perspectiva, Gustavo Tepedino afirma:

> A dignidade da pessoa humana, como valor e princípio, compõe-se dos princípios da liberdade privada, da integridade psicofísica, da igualdade substancial (art. 3º, III, CF) e da solidariedade social (art. 3º, I, CF). Tais princípios conferem fundamento de legitimidade ao valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF), moldam a atividade econômica privada (art. 170, CF) e, em última análise, os próprios princípios fundamentais do regime contratual regulados pelo Código Civil.[196]

A livre iniciativa, enquanto um dos fundamentos do Estado democrático brasileiro, expressa a ideia geral de liberdade, transcendendo a dimensão puramente econômica, mas, igualmente, toca esta. E, focalizando esse último aspecto, qual seja, a livre iniciativa em sua dimensão econômica, nos parece que o constituinte deixou claro que não pretendia uma ruptura com o regime econômico capitalista[197] até então em vigor. Entretanto, para a própria

---

[194] "Importa deixar bem vincado que a livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. [...]. É que a livre iniciativa é um modo de expressão do trabalho e, por isso mesmo, corolária da valorização do trabalho, do trabalho livre" (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988.* 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 203).

[195] GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988.* 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 198.

[196] TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In*:* SOUZA NETO, Cláudio Pereira, SARMENTO, Daniel. (Coords.). *A constitucionalização do direito:* fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 309-320, p. 317.

[197] Eros Grau, após proceder à análise dos princípios constitucionais pertinentes, conclui que "a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema econômico, o sistema capitalista" (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988.* 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 304.). Francisco Amaral destaca que a liberdade de iniciativa econômica é "a marca e o aspecto dinâmico do modo de produção capitalista" (AMARAL, Francisco. A liberdade de iniciativa econômica. Fundamento, natureza e garantia constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 92, p. 221-240, 1986, p. 229).

manutenção e defesa[198]desse modelo que se havia mostrado carente de normas que o legitimassem e regulamentassem, deu-se nova conformação ao capitalismo,[199] qualificado e limitado pelo valor social. Nessa perspectiva, Tércio Sampaio Ferraz Jr. leciona:

> A livre iniciativa é afirmada prescritivamente, na Constituição Federal, como base da Ordem Econômica (art. 170). Afirmá-la é acreditar na liberdade humana na conformação da atividade econômica [...]. Significa que a estrutura da Ordem Econômica está centrada na atividade das pessoas e não na atividade do Estado. Isto não significa a eliminação deste mas sublinha que o exercício da atividade econômica, na produção, na gestão, na direção, na definição da política econômica da empresa está regulado pelo princípio da exclusão: o que não está juridicamente proibido está juridicamente permitido. Esta observação não quer significar uma afirmação do *laissez faire*, pois o artigo 170 da Constituição assevera, igualmente, a valorização do trabalho humano como fundamento da Ordem. A liberdade está em ambas. Na livre iniciativa, em termos de liberdade negativa, na ausência de impedimentos para a expansão da própria criatividade; na valorização do trabalho, em termos de liberdade positiva, de participação sem alienação na construção da riqueza econômica. Portanto, não há nenhum sentido ilimitado e absoluto na livre iniciativa. A ilimitação está no principiar da atividade, mas não nos desempenhos e nas consequências. Livre iniciativa, assim, não exclui a atividade fiscalizadora, estimuladora, arbitral e até suplementarmente empresarial do próprio Estado. Conjugada com a valorização do trabalho, ela se explicita como construção positiva da dignidade humana, no caso, como tarefa social que os homens realizam em conjunto, donde o fim da Ordem Econômica de "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social" (art. 170).[200]

Isso porque, se é verdadeiro que a introdução no seio constitucional de uma ordem ou de uma constituição econômica vem a definir a própria função econômica do Estado, deve ser consentido afirmar que a um determinado tipo de Estado, teoricamente, corresponderá determinado modelo econômico.[201] Não obstante o risco da generalização e, em relação ao contexto jurídico brasileiro, mostra-se pertinente a conclusão de Vital Moreira de que

> [...] à forma econômica do capitalismo do séc. 19 corresponde a forma liberal de estado burguês, desprovido de função econômica; à forma econômica do capitalismo monopolista contemporâneo corresponde o estado social largamente intervencionista na economia.[202]

---

[198] "A ordem econômica capitalista, ainda que se qualifique como intervencionista, está comprometida com a finalidade de preservação do capitalismo" (GRAU, Eros Roberto, op. cit., p. 73).

[199] Miguel Reale caracterizou o capitalismo nos seguintes termos: "A linha ou diretriz fundamental do capitalismo é o valor do *útil*, e, mais propriamente, do *útil-vital* [...]. A opção feita pelos agentes do capitalismo foi, desde o início, a *opção pela riqueza* [...]. Outra força decisiva na implantação do capitalismo foi a *competição*, o amor pela livre iniciativa e a livre concorrência" (REALE, Miguel. *Variações sobre o capitalismo.* Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/> acesso em: 27/07/2015).

[200] FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. Abuso de Poder Econômico por prática de licitude duvidosa amparada judicialmente. *Revista de Direito Público da Economia*, ano 1, nº 1, jan.-mar./2003, p. 215-225, p. 215.

[201] A rigor, verifica-se estreita correspondência entre os fundamentos e objetivos gerais do Estado brasileiro e os princípios da ordem econômica.

[202] MOREIRA, Vital. Economia e Constituição: para o conceito de Constituição Económica. *Boletim de Ciências Econômicas*, vol. XIX. Faculdade de Direito de Coimbra, 1976, p.1-47, p. 21.

A transposição do princípio da livre iniciativa para a ordem econômica é expressa no *caput* do artigo 170,[203] onde a dignidade da pessoa humana apresenta-se como o fim, o objetivo a ser alcançado por toda e qualquer atividade econômica. O dispositivo em comento preceitua que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano[204] e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Assim, como destacado por Eros Grau, nos termos do dispositivo em comento, o exercício de toda atividade econômica resta comprometido "com o programa de promoção da existência digna",[205] de sorte que qualquer desvio deste fim expressa violação à própria Constituição.

Nessa perspectiva, Luiz Edson Fachin e Gabriel Schulman advertem que, "como decorrência da proteção da dignidade da pessoa humana, a disciplina constitucional estabelece como pilar da ordem econômica a valorização do trabalho humano", com o objetivo de constituir barreiras a desumanização das relações laborais.[206] Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já consignou que:

> A escravidão moderna é mais sútil do que a do século XIX e o cerceamento da liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos. Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade tratando-o como coisa, e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos

---

[203] Art. 170, CF/88. 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: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.
Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

[204] "Cumpre salientar que, apesar de se consagrar a iniciativa privada como um dos fundamentos da ordem econômica, devem-se priorizar os valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Essa é uma declaração de princípio que tem o sentido de orientar a intervenção do Estado na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, CF)" (PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 41).

[205] GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988.* 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 194.

[206] FACHIN, Luiz Edison. SCHULMAN, Gabriel. Contratos, ordem econômica e princípios: um diálogo entre o direito civil e a Constituição 20 anos depois. In: Bruno Dantas et. al. (Org.). *Constituição de 1988, o Brasil 20 anos depois*, v. 4. Brasília: Senado Federal, 2008, p. 347-377, p.359.

> básicos, inclusive do direito ao trabalho digno. A violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa reduzir alguém a condição análoga à de escravo (STF, Plenário. Inq. 3412. Rel. p/ac. Min. Rosa Weber, julg.: 29/03/2012, DJE: 12/11/2012).

Luís Roberto Barroso, em obra específica sobre a ordem econômica constitucional, subdivide os princípios setoriais próprios em princípios de funcionamento – elencados nos incisos do artigo 170 – e em princípios-fins (constantes do *caput* do art. 170). Aos primeiros cumpriria estabelecer os parâmetros de convivência básicos a serem observados pelos agentes econômicos, ao passo que os do segundo tipo "descrevem realidades materiais que o constituinte deseja sejam alcançadas".[207]

A partir dessa mesma divisão, o autor delimita o papel do Estado e dos agentes privados na ordem econômica. "Os princípios de funcionamento são endereçados primordialmente à atividade do setor privado. Os princípios-fins determinam a política econômica estatal".[208] Nessa perspectiva, caberia ao Estado fiscalizar a atuação da iniciativa privada, no que tange ao atendimento aos princípios de funcionamento, adotando postura legislativa e administrativa que assegure a defesa do consumidor, previna danos ao meio ambiente, coíba ações anticoncorrenciais e fomente a pequena empresa, por exemplo. Paralelamente, caberia ao Estado promover os princípios-fins, influindo "legitimamente nas condutas dos agentes econômicos, através de mecanismos de fomento".[209]

Já a iniciativa privada, em decorrência do princípio da livre iniciativa, tem o direito de buscar o lucro, porém, deve fazê-lo em observância aos princípios de funcionamento. Não se pode impor à iniciativa privada o objetivo de concretizar os princípios-fins, desvirtuando a sua finalidade quando lucrativa, para assistencialista ou redistributiva. Mas, deve atender, na persecução da sua finalidade própria, a função social da empresa, o respeito ao valor social do trabalho e aos direitos do consumidor, a preservação do meio ambiente e, também, a manutenção e o respeito à livre concorrência, abstendo-se do exercício disfuncional da liberdade de iniciativa.

---

[207] BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, n. 14. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, maio/jun/jul, 2008, p. 8. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp> Acesso em: 15/07/2015.

[208] Ibid, p. 13.

[209] Ibid, p. 14.

Isso porque, enquanto princípio da ordem econômica constitucional, a livre iniciativa representa opção pelo regime de economia de mercado, mas não no sentido da ortodoxia liberal, e sim no sentido da livre concorrência e da não necessidade, via de regra, de autorização estatal para o desempenho de atividades econômicas lícitas. Como adverte Eros Grau, não se pode visualizar no princípio da livre iniciativa tão somente uma afirmação do capitalismo.[210] Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já afirmou que "o princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor".[211]

Já o seu conteúdo abrange a propriedade privada, no sentido da apropriação privada dos meios de produção (art. 5, XXI e 170, II);[212] a liberdade de exercício de qualquer atividade econômica, salvo os casos previstos em lei (art. 170, parágrafo único), a qual se manifesta principalmente na atividade empresarial;[213] a livre concorrência, que permite a livre fixação, como regra, dos preços em um ambiente de mercado competitivo (art. 170, IV); e, por fim, manifesta-se na liberdade de contratar.[214]

A livre concorrência, nessa perspectiva, apresenta-se como desdobramento da livre iniciativa, abrangendo aspectos de liberdade pública e de liberdade privada. Enquanto liberdade pública, impõe a neutralidade do Estado diante da concorrência leal, bem como uma ação afirmativa na criação de condições equitativas entre partes naturalmente desiguais".[215] Enquanto liberdade privada, encerra tanto um direito dos agentes privados à livre concorrência, quanto o dever de abstenção de adotarem comportamentos anticoncorrenciais.

---

[210] GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988.* 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 200.

[211] STF, 2T. RE 349.686. Rel. Min. Ellen Gracie, julg.: 14/06/2005, DJ: 05/08/2005. No mesmo sentido: STF, 1T. AI 636.883-AgR. Rel. Min. Cármen Lúcia, julg.: 08/02/2011, *DJE:* 01/03/2011.

[212] BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, n. 14. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, maio/jun/jul, 2008, p. 4. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp> Acesso em: 15/07/2015.

[213] AMARAL, Francisco. A liberdade de iniciativa econômica. Fundamento, natureza e garantia constitucional. *Revista de informação legislativa*, v.92, 1986, p.221-240, p. 229.

[214] Francisco Amaral afirma ser "manifesta a relação instrumental entre o princípio da liberdade de iniciativa econômica e o da autonomia privada, mais explicitamente, da autonomia contratual, expressão jurídica da liberdade dos particulares de organizarem a atividade produtiva, isto é, a liberdade dos particulares de decidir o que, quanto, quando, como e onde produzir" (Ibid, p. 230).

[215] BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 10.

Exatamente porque o constituinte optou pela manutenção de um regime de mercado e capitalista, mas condicionado à promoção da pessoa e dos valores sociais, é que a livre concorrência se apresenta como o princípio constitucional impositivo.[216] A delimitação do seu conteúdo é informada, dentre outros, pela decisão política de repressão ao abuso do poder econômico (art. 173, §4º, CF).[217]

Com esse princípio, segundo Luiz Regis Prado, o Direito busca evitar e reprimir duas espécies perniciosas de concorrência: a desleal e com abuso de poder econômico. A primeira é a apurada nas esferas cível e penal e a sua repressão tem por objetivo proteger os interesses particulares dos agentes concorrentes. Já a concorrência perpetrada com abuso de poder econômico fere não só interesses particulares, mas o interesse público, consistente na manutenção da própria estrutura do mercado. Esta é apurada no âmbito administrativo e a sua prática configura crimes contra a ordem econômica.[218]

O constituinte, ao estabelecer a livre concorrência como princípio da ordem econômica, parte da igualdade jurídico-formal dos agentes econômicos, garantindo a liberdade privada dos mesmos e, simultaneamente, reconhece que há desigualdade fática.[219] Essa é tolerável, desde que não seja impeditiva para o exercício da liberdade dos demais agentes econômicos – a justificar o tratamento diferenciado à microempresa e a proteção especial ao consumidor – e não contrarie os valores informadores do sistema, razão pela qual veda-se o abuso do poder econômico. Assim, a liberdade de contratar e todo o regime contratual é condicionada pelas opções constitucionais até então expostas, na medida em que

---

[216] GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988.* 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 197.

[217] Essa perspectiva foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, como se observa na seguinte ementa: A defesa da livre concorrência é imperativo de ordem constitucional (art. 170, IV) que deve harmonizar-se com o princípio da livre iniciativa (art. 170, *caput*). Lembro que 'livre iniciativa e livre concorrência, esta como base do chamado livre mercado, não coincidem necessariamente. Ou seja, livre concorrência nem sempre conduz à livre iniciativa e vice-versa. Daí a necessária presença do Estado regulador e fiscalizador, capaz de disciplinar a competitividade enquanto fator relevante na formação de preços'" (AC 1.657-MC, voto do rel. p/ o ac. min. Cezar Peluso, julg.: 27/06/2007, Plenário, *DJ:* 31/08/2007).

[218] PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 42.

[219] "Ressalte-se que o poder econômico é um dado de fato inerente ao livre mercado, isto é, os agentes econômicos são necessariamente desiguais, uns mais fortes do que os outros. Não seria possível ignorar ou pretender a eliminação desse poder. O que o Direito pode fazer é disciplinar o seu exercício, reprimindo certas modalidades de iniciativa que ameacem ou possam ameaçar as estruturas do livre mercado, v.g., o domínio de mercados, a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário de lucros" (Ibid, p. 42-43).

"a conformação das relações contratuais importa a conformação do exercício da própria atividade econômica".[220]

Em suma, os princípios (art. 1º, CF) e os objetivos fundamentais (art. 3º, CF) do Estado brasileiro e os princípios setoriais da ordem econômica (art. 170, CF) impuseram profunda transformação nas relações jurídicas privadas patrimoniais.[221] Especificamente, da junção das previsões constitucionais citadas, emerge a concepção social do contrato, na qual as características das partes contratantes, assim como o objeto do contrato, antes desconsideradas, ganham relevância jurídica, atraindo uma dogmática própria.

A liberdade patrimonial, consubstanciada na livre iniciativa, continua a ser tutelada, por certo, mas é funcionalizada, por opção do constituinte democrático, aos valores da pessoa humana e da solidariedade social.[222] Como destacado por Luiz Edson Fachin e Gabriel Schulman, a axiologia constitucional e, em especial, a ordem econômica constitucional:

> No âmbito dos contratos, significa que, ao invés de eliminar a autonomia privada, determinam-se parâmetros para seu exercício. Consentânea a essas ideias, a ordem econômica constitucional não pode ser associada nem à 'economia do mercado', nem à "economia sem mercado", mas a um determinado arranjo dinâmico, cuja nova feição está, reitera-se, na dialética dos interesses particulares e sociais. [223]

Note-se que, por mais paradoxal que possa parecer, a Constituição de 1988, por ter um caráter marcadamente social, é potencialmente libertadora. Trata-se da primeira constituição brasileira a se comprometer no plano fático com os ideais de igualdade e liberdade, agora qualificados em igualdade material e liberdade em concreto. É, portanto, a partir da

---

[220] GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988.* 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 92.

[221] "A inclusão de institutos de direito civil, como contrato, propriedade e família, na agenda atinente à ordem pública associa-se à irradiação dos princípios constitucionais nos espaços de liberdade individual. Com efeito, a partir da interferência da Constituição no âmbito antes reservado à autonomia privada, uma nova ordem pública há de ser construída, coerente com os fundamentos e objetivos fundamentais da república" (TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coords.). *A constitucionalização do direito*: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 309-320, p. 309).

[222] "Ou seja, a ordem econômica deve atender à sua finalidade e será protegida como meio para atingir esse objetivo. Portanto, a livre iniciativa – que resta em si mitigada pela ponderação com os demais princípios: função social da propriedade, defesa do consumidor e do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego – é tutelada de maneira funcional, somente enquanto instrumento que sirva para assegurar a todos existência digna, conforme os ditames de justiça social. Nesse sentido, pode-se falar de uma funcionalização da livre iniciativa e junto a ela, igualmente, da autonomia privada e da liberdade contratual (KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos:* grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 26).

[223] FACHIN, Luiz Edison. SCHULMAN, Gabriel. Contratos, ordem econômica e princípios: um diálogo entre o direito civil e a Constituição 20 anos depois. In: Bruno Dantas et. al. (Org.). *Constituição de 1988, o Brasil 20 anos depois*, v. 4. Brasília: Senado Federal, 2008, p. 347-377, p. 362.

Constituição de 1988 que se pode, efetivamente, alterar a conformação social, rompendo com séculos de uma construção jurídica que servia muito bem a menor e mais influente camada da sociedade.[224]

O potencial transformador da Constituição de 1988 encontrou no plano do direito das obrigações e dos contratos, terreno fértil para a promoção de uma verdadeira guinada. Através da fixação dos princípios gerais constitucionais, orientadores de todo o ordenamento jurídico, a um só tempo, refutou os alicerces da teoria contratual clássica (igualdade e liberdade), bem como inverteu a ordem de prevalência dos interesses em jogo (patrimônio/pessoa e individual/social). Isso porque a constitucionalização incide diretamente sobre a lógica abstrata e pretensamente imutável das bases da teoria contratual clássica.

A igualdade formal e a liberdade, ambos pensados e empregados, até então, em abstrato, ganham concretude a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social. E o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor máximo do ordenamento priorizou a tutela do ser em relação à tutela do ter; e, ao estabelecer a solidariedade social como objetivo fundamental, impôs a conformação do interesse individual aos objetivos sociais relevantes.

A rigor, só é possível assegurar a dignidade da pessoa humana quando ela é considerada inserida em um contexto, ou seja, considerando-se as circunstâncias concretas que são relevantes para aquela pessoa, naquela específica relação. E, como consequência da vida em sociedade, onde se convive e não apenas vive, são impostos, através do princípio da solidariedade social, deveres recíprocos para garantir tal convivência coletiva.

Essas considerações são sobrelevadas no âmbito das relações contratuais, já que, necessariamente, está se falando de uma ligação entre duas pessoas, comprometidas a um fim convergente. Nesse ambiente é necessário assegurar a dignidade de cada um dos contratantes, pessoas concretas e inseridas em um contexto, bem como garantir a solidariedade para que aquele objetivo convergente seja alcançado da forma mais equânime possível.

Contudo, isso leva à fragmentação da normativa que, em abstrato, valia para todos, uma vez que o objetivo é ser justo em cada caso concreto. Como explica Pietro Perlingieri, “é

[224] A fim de contextualizar a grande transformação axiológica imposta pela Constituição de 1988, deve-se destacar que a expressão dignidade foi inserida em dois textos constitucionais anteriores. Na Constituição de 1824 foi utilizada como parâmetro para a mensuração da dotação a ser conferida ao Imperador e à Imperatriz (arts.107 e 108). Posteriormente, na Constituição de 1967, a expressão é empregada como justificativa para o princípio da valorização do trabalho (art. 157). Já a referência à solidariedade se verificou nas Constituições de 1934 (art. 149), 1937 (art. 130), 1946 (art. 166) e 1967 (art. 168), relacionada à educação e, na Constituição de 1967, a expressão foi também mencionada entre os princípios da ordem econômica, onde se estabelecia “harmonia e solidariedade entre os fatores de produção” (art. 157).

possível individualizar o sentido de um texto somente determinando o seu campo de aplicação com referência a fatos concretos".[225] E, em concreto, é facilmente constatável que uma compra e venda entre sociedades empresárias difira da compra e venda da casa própria; a contratação individual de um plano de saúde é diferente da contratação de uma viagem de férias; a locação de imóvel residencial urbano é diferente da locação de espaço em shopping center etc.

A Constituição de 1988, portanto, evidencia que, por mais que tenha sido extensa a produção legislativa extracodificada das décadas anteriores, bem como dos estatutos que se seguiram, para cada caso haverá todo um ordenamento jurídico a ser construído em concreto, a partir de uma "interpretação lógico-sistemática e teleológica-axiológica, isto é, finalizada à realização dos valores constitucionais".[226]

O Código Civil de 2002 tem o mérito de ter sido orientado pelos princípios da socialidade e da eticidade,[227] indo ao encontro dos paradigmas personalista e solidarista adotados pela Constituição. O princípio da socialidade indica a aplicação do paradigma da solidariedade, impondo, entre outras coisas, a concepção social do contrato, segundo a qual as partes devem cooperar entre si e observar, para além dos seus próprios interesses, os valores socialmente relevantes. Já o princípio da eticidade relaciona-se diretamente com o paradigma personalista, impondo o comportamento ético entre os sujeitos das diversas relações, ao mesmo tempo em que, distanciando-se do rigorismo formal indica e abre espaço para a busca de soluções pautadas na justiça e na equidade.[228]

Entretanto, a interpretação e aplicação da Lei Civil continuam submetidas ao controle da legalidade constitucional. E, para que tal controle seja eficazmente realizado, imperiosa a compreensão da completa readequação do papel da autonomia como fonte e fundamento do

---

[225] Continua o autor: "Daí decorrem as oportunas referências à adequação, à razoabilidade, à proporcionalidade, à coerência, e à congruência, incompatíveis com qualquer formalismo ou dogmatismo, destinados a alimentar a experiência, rica e diversificada, dos casos concretos e a atribuir ao texto, um significado apropriado a uma determinada circunstância de fato" (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 604-605).

[226] PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 618-619.

[227] REALE, Miguel. *Visão geral do projeto de Código Civil*. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>, acesso em: 15/01/2012.

[228] "O que importa numa codificação é o seu espírito; é um conjunto de ideias fundamentais em torno das quais as normas se entrelaçam, se ordenam e se sistematizam. Em nosso projeto não prevalece a crença na plenitude hermética do Direito Positivo, sendo reconhecida a imprescindível eticidade do ordenamento" (Ibid, p. 2).

contrato, bem como a funcionalização dos institutos jurídicos e, nessa esteira, do contrato, aos novos valores prevalentes.

2.2. Redimensionamento do papel da autonomia e sua implicação no contrato

A tarefa de conceituar autonomia não é simples, na medida em que esse conceito atrai, condiciona e é condicionado por diversas questões atinentes ao próprio ordenamento jurídico no qual a autonomia será exercida, tutelada e limitada. [229] No entanto, é possível, partindo do seu fundamento amplamente reconhecido – liberdade – defini-la, em sentido técnico, como poder reconhecido ou concedido pelo ordenamento aos sujeitos de direito para determinarem efeitos jurídicos pretendidos, como consequências de seus próprios comportamentos livremente assumidos. A tal conceituação formal, é necessário ainda incluir um conteúdo mais concreto e condizente com os valores presentes no ordenamento jurídico, atento ao fato de que, assim como qualquer outro conceito jurídico, o de autonomia carrega em si uma historicidade própria.

i) Da autonomia da vontade à autonomia privada

Inicialmente, é importante destacar os qualificativos "da vontade" e "privada" apostos ao substantivo autonomia em diferentes contextos histórico-sociais. Estes, a rigor, já indicam que a autonomia, não tanto no seu conceito técnico-estrutural, mas no seu conteúdo valorativo, deve ser compreendida em uma perspectiva relacional e evolutiva.

A expressão autonomia da vontade, concebida nas codificações do século XVIII, associada ao voluntarismo jurídico, traz em si um traço marcadamente subjetivo, psicológico, denotando o querer do agente como fonte quase que exclusiva dos efeitos obrigacionais. E,

[229] PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 334.

nessa perspectiva, é caracterizada por uma concepção negativa da liberdade individual, já que estabelece verdadeiro impedimento para qualquer interferência externa.[230]

Já a expressão autonomia privada passou a ser utilizada posteriormente em contraposição à locução autonomia da vontade. O adjetivo "privada", portanto, substitui o da "da vontade" para evidenciar a ruptura com a concepção voluntarista, destacando que a fonte de efeitos jurídicos é a vontade exteriorizada, declarada ou manifestada.

Essa objetivação, em um primeiro momento, decorreu muito mais de uma necessidade do que propriamente de uma alteração valorativa. Isso porque, com o desenvolvimento social e o incremento dos meios de produção, houve uma despersonalização das relações negociais, notadamente as contratuais, razão pela qual, a fim de garantir a celeridade das contratações, a estabilidade e a segurança jurídica para as relações, mostrou-se imperioso atribuir força jurídica à vontade manifestada e não mais à vontade interna.[231]

Mais contemporaneamente, no entanto, o emprego da expressão autonomia privada em substituição à autonomia da vontade significa uma alteração substancial de conteúdo, na medida em que a valoração e a limitação da liberdade, cem como seu fundamento, foram reformulados em decorrência da nova axiologia constitucional, personalista e solidarista.

A Constituição de 1988 promoveu a ruptura com o individualismo filosófico e, consequentemente, jurisdicionalizou, sob a forma de princípio jurídico, a constatação da natureza social do homem, em um movimento que se convencionou denominar por personalismo jurídico.

---

[230] Nessa concepção, apresenta-se como corolário do princípio da legalidade (art. 5º, II, CF), como referido no item 1.1 e explicado por Rose Melo Vencelau MEIRELES, nos seguintes termos: "O art. 5º, II, da Constituição Federal é reconhecido como positivação do princípio da legalidade. A *contrario sensu se deduz o princípio geral da liberdade.* [...]. Nesse prisma estão imbricados os princípios da legalidade e da liberdade. Esta teria como único limite a lei, respeitosa, material e formalmente da Constituição. Trata-se do viés negativo da liberdade que é tutelada se não for proibida" (*Autonomia privada e dignidade humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 65).

[231] Essa transição é comentada por Enzo ROPPO ao analisar as teorias da vontade e da declaração para a interpretação dos negócios jurídicos: "ligou-se os efeitos e o tratamento jurídico das relações aos elementos objetivos, exterior e socialmente reconhecíveis, dos atos pelos quais as relações se constituem, muito mais que os elementos da psicologia individual [...]: com a consequência de que, em caso de conflito entre subjetivo e objetivo, entre as efetivas posições da psique e da vontade do contraente e aquilo que socialmente transparece e é percebido pelo outro contraente, tende-se a atribuir prevalência a este último, sacrificando, assim, a vontade à declaração. O objetivo, pelo seu lado, é o de tutelar os interesses do destinatário da declaração, o qual tinha confiado no teor objetivo e socialmente perceptível desta: uma tutela de interesses individuais que – ao nível de todo o sistema – se converte justamente em garantia da segurança e da celeridade das trocas, da continuidade e estabilidade das relações de negócios". (*O Contrato.* Coimbra: Almedina, 2009, p. 298).

O termo personalismo modernamente[232] designa um movimento iniciado por Emmanuel Mounier na França na década de 1930,[233] cujo objetivo era reconstruir o valor da pessoa a partir da refutação das teses fundadas no liberalismo filosófico e econômico, especialmente no que diz respeito ao homem-indivíduo criado segundo a lógica de uma liberdade quase que absoluta e determinada pelo patrimônio constituído, e da adoção de um discurso solidarista.[234]

A ideia central é a de que a palavra indivíduo, aplicada ao ser humano, expressa a condição de um ser que se basta e que se desenvolve hermeticamente fechado em si mesmo. O protótipo do homem-indivíduo, abstratamente considerado, atendia aos anseios por segurança jurídica à época oitocentista, quando foi forjada a dimensão formal do princípio da igualdade.[235]

Essa ideia de que os homens eram iguais em direito e livres permitiu a formalização de um Direito caracterizado por um alto grau de generalidade, previsibilidade e abstração, calcado em um ideal cientificista supostamente apto a solucionar todos os questionamentos a partir de esquemas lógico-dedutivos. Entretanto, "a pessoa é uma atividade vivida de autocriação, de comunicação e de adesão",[236] ou seja, é um conjunto de relações complexas. Com essa constatação, o personalismo se opõe ao individualismo, resgatando o valor essencial da pessoa consubstanciado na dignidade e reconhecendo o caráter social do homem, o que implica que a integralidade da pessoa pressuponha alteridade.

---

[232] Em uma época mais remota, no entanto, o percussor desta tese foi Emmanuel Kant, como o próprio Mounier declara, "[...] o personalismo deve a Leibnz e a Kant, e a dialética da pessoa, a todo o esforço reflexivo do pensamento idealista" (MOUNIER, Emmanuel. *Personalismo.* Rio de Janeiro: Texto e Grafia, 2010, p. 16).

[233] ZOLO, Danilo. Personalismo (verbete). In.: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política.* 10. ed. v.2. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 925-937, p. 925.

[234] "No personalismo confluem as ideologias que, depois da Segunda Guerra Mundial, encontram um compromisso político nos princípios fundamentais das novas democracias ocidentais e, em parte, daquelas orientais: o espiritualismo cristão, com veias modernas e sociais, que têm dado vida ao cristianismo social moderno; o existencialismo; o marxismo, recusado na sua integralidade pelo personalismo, mas apreciado pela sua substância humanista de liberação social" (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 36).

[235]A dimensão formal do princípio da igualdade informa que a "lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 10).

[236] MOUNIER, Emmanuel. *O Personalismo*. Rio de Janeiro: Texto e Grafia, 2010, p. 10.

Essa formulação, segundo Danilo Zolo,[237] em muito influenciou as constituições europeias do pós-guerra, notadamente a francesa e a italiana e, além dessas, as que nelas se inspiraram, como a brasileira de 1988. Essa nova concepção foi apreendida pelo Direito a partir do exercício legislativo, que positivou os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, assim como por uma renovada hermenêutica interpretativa, consubstanciada na técnica da ponderação, e, sobretudo, se tornou possível através da função promocional que o Direito exerce na contemporaneidade.

Nessa perspectiva, o sujeito de tutela passa a ser o homem-pessoa, ser social, em detrimento do indivíduo abstratamente considerado[238] e, sob esse viés coexistencial[239] a liberdade é condicionada pela responsabilidade, especialmente porque a obrigatoriedade de responder com seriedade pelos próprios atos ganha nova amplitude em um contexto intersubjetivo e relacional.

Essa afirmação é de fundamental importância porque a liberdade só pode ser exercida em consonância com a solidariedade, o que só é possível a partir da garantia de igual dignidade. Em outros termos, sob esse novo protótipo personalista, não mais existe liberdade em abstrato, pois ela "deve ser compatível com o valor de tutela da pessoa".[240] Assim, ainda que se reconheça que "liberdade significa, hoje, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor convier",[241] esse direito não é absoluto.

---

[237] "Entre os fins da década de 40 e princípios da de 50, o Personalismo comunitário exerceu certa influência política na Europa. Foi o 'estatuto público da pessoa', em particular, apresentado por 'Espirit' em 1939 e feito objeto, em 1944-1945, de um projeto de declaração, que influiu na Constituição francesa de 1946. O personalismo de Mounier também inspirou na Itália algumas das formulações constitucionais, graças à participação nos trabalhos da Constituinte de personalidades católicas como Giorgio La Pira e Giuseppe Dosseti" (ZOLO, Danilo. Personalismo (verbete). In.: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política.* 10. ed. v.2. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 925-937, p. 926).

[238]"Lá, na doutrina individualista, partir-se-ia do homem natural, tomado como um ser isolado, segregado dos demais homens, portador de prerrogativas próprias, nascido todos absurdamente iguais em direito e livres. Aqui, na doutrina socialista, o homem é considerado não abstrata e isoladamente, mas tal com efetivamente o é, um ser destinado a viver em sociedade e que só na sociedade encontraria o meio natural do desenvolvimento de suas aptidões" (SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p.8-9).

[239] O Direito "tem como ponto de referência o homem na sua evolução psicofísica, 'existencial', que se torna história na sua relação com os outros homens. A complexidade da vida social implica que a determinação da relevância e do significado da existência deve ser efetuada como existência no âmbito social, ou seja, como coexistência" (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 1).

[240] Ibid, p. 40.

[241] BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana:* uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 107.

Esse novo cenário impacta diretamente a concepção da autonomia que, especificamente, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, como afirma Gustavo Tepedino,[242] sofreu uma tripla transformação em seus aspectos objetivo, subjetivo e formal, sendo certo que tais alterações refletem a concepção atual de que a autonomia não é um valor em si, o que implica no juízo de merecimento do ato derivado do exercício da liberdade.[243]

A mudança verificada no aspecto subjetivo diz respeito à tendência ao personalismo jurídico em contraposição ao individualismo, pois ao ordenamento jurídico passa a interessar a pessoa concretamente considerada e não mais o indivíduo abstratamente idealizado. Com isso, especial atenção passa a ser despendida às características pessoais, notadamente àquelas que inferiorizam e/ou vulnerabilizam[244] a pessoa, especialmente em uma sociedade plural.

Isso porque o Direito passa a desempenhar uma função promocional, tendo metas sociais de diminuição das desigualdades e erradicação da pobreza, ao mesmo tempo em que acolhe o princípio da livre iniciativa. Então, a fim de compatibilizar valores, à primeira vista, antagônicos, as soluções jurídicas tornam-se dependentes da observação da situação fática real, e, sendo assim, não mais condizentes com técnicas abstratas, tais como a subsunção.[245] Ademais, se as pessoas não são iguais, a tutela tem de ser diferenciada, já que o tratamento a elas dispensado não poderá ser sempre igual, sob pena de perpetrar graves desigualdades.

---

[242] TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In*:* SOUZA NETO, Cláudio Pereira, SARMENTO, Daniel. (Coords.). *A constitucionalização do direito:* fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 309-320.

[243] Cf. PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p.17-19.

[244] Conforme os ensinamentos de Heloísa Helena Barboza, a vulnerabilidade é uma característica ontológica de todos os seres vivos, o que reforça a justificação da plena "tutela geral (abstrata) da pessoa humana, ontologicamente vulnerável, não só nas relações econômicas, como nas de consumo, mas em todas as suas relações, especialmente as de natureza existencial, e a tutela específica (concreta), de todos os que se encontrem em situação de desigualdade, por força de contingências (vulnerabilidade potencializada ou vulnerados), como forma de assegurar a igualdade e a liberdade, expressões por excelência da dignidade humana" (BARBOZA, Heloísa 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. 407-423, p.420).

[245] Como destacado por Pietro Perlingieri, "é necessário, em especial, uma teoria da interpretação que, superando as contraposições entre *fattispecie* abstrata e *fattispecie* concreta, procure dar a máxima valorização das peculiaridades do fato – não através de um procedimento mecânico de subsunção em rígidos e não completamente correspondentes esquemas legislativos, mas – procurando, em respeito ao seu significado subjetivo, a normativa que seja mais compatível com os interesses e os valores em jogo segundo a hierarquia que deles propõe o ordenamento" (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 104).
Para uma crítica acerca da técnica da subsunção, ver: TEPEDINO, Gustavo. O ocaso da subsunção. In: *Revista Trimestral de Direito Civil* – RTDC, v.34. Rio de Janeiro: Padma, abril-junho, 2008, Editorial.

No aspecto objetivo, a grande transformação experimentada pela autonomia diz respeito ao seu senhorio. O conceito de autonomia foi desenvolvido, ou pelo menos posto a serviço, do patrimônio. A liberdade, tal como concebida pelos ideais franceses, era exercida em relação ao patrimônio, objeto da máxima proteção, de sorte que o homem era tutelado em função do seu acervo de bens (tutela do ter). Essa perspectiva era facilmente observada no Código Civil de 1916, no qual rara era a tutela da pessoa quando não havia interesses de natureza patrimonial.[246]

A incidência do princípio da dignidade da pessoa humana, contudo, inverte essa lógica, impondo a prevalência dos interesses existenciais aos interesses patrimoniais e, com isso, estabelecendo o que se convencionou chamar de despatrimonialização[247] do direito. Como explica Pietro Perlingieri, "a ordem social pode ser analisada sob dois perfis: o ter, que pertence à estrutura econômica e produtiva, ao aspecto patrimonial e mercantil da organização social; o ser, que resguarda o aspecto existencial da pessoa com seus direitos e deveres". [248]

Os dois perfis, portanto, sempre existiram. No entanto, em virtude da opção do constituinte democrático, há prevalência na tutela dos interesses existenciais aos patrimoniais: do *ter* em relação ao *ser*. Essa opção é observada tanto na atividade legislativa, sendo a proteção conferida ao bem de família, exemplo notório, como deve ser concretizada a partir da aplicação direta dos princípios constitucionais na solução de conflitos de interesses, incidindo inclusive sobre as situações jurídicas de natureza patrimonial.

A terceira grande transformação sofrida pela autonomia, tal como identificada por Gustavo Tepedino,[249] diz respeito à forma dos atos jurídicos. Afirma o referido autor que, no passado a forma dos atos tinha por fim exclusivo garantir a segurança patrimonial e, atualmente, em virtude do paradigma personalista adotado pela Constituição de 1988, a forma

---

[246] Como destacado por Maria Celina BODIN DE MORAES, o referido diploma atendia aos interesses do regime capitalista de produção e tinha como protagonistas os titulares de situações jurídicas patrimoniais: o proprietário, o marido, o contratante, o testador" (O direito civil-constitucional. In: *Na medida da pessoa humana:* estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.21-31, p. 21).

[247] Pietro PERLINGIERI leciona que "com o termo, certamente não elegante, 'despatrimonialização', individua-se em tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores) " (Op. cit., p. 33).

[248] PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 177.

[249] TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira, SARMENTO, Daniel. (Coords.). *A constitucionalização do direito:* fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 309-320.

dos atos jurídicos "passa a exercer papel limitador da autonomia privada em favor de interesses socialmente relevantes e das pessoas em situações de vulnerabilidade".[250] Essa última transformação será mais detalhada nos próximos itens.

ii) Autonomia Privada: espécies e fundamento

A autonomia privada, em seu sentido técnico, é o poder de autorregulamentação dos próprios interesses. Trata-se, portanto, de poder reconhecido aos sujeitos de direito para a produção de efeitos jurídicos em decorrência de ato de sua própria vontade e em conformidade com o ordenamento. Tem como seu fundamento genérico a liberdade jurídica e encontra no negócio jurídico o *lócus* próprio para sua realização.[251]

Por essa razão e ainda somado ao fato de que o poder de autorregulamentação dos interesses toca a todos os sujeitos de direito, sejam eles públicos ou privados, alguns autores entendem que o predicado "privada" não se apresenta idealmente para qualificar a autonomia, preferindo a expressão autonomia negocial.

Assim, de forma abrangente e abarcando os diversos sujeitos de direito em suas atividades, Pietro Perlingieri considera que a utilização da expressão autonomia negocial é mais "idônea a acolher a vasta gama das exteriorizações da autonomia", abarcando tanto as "hipóteses dos negócios com estrutura unilateral e dos negócios com conteúdo não patrimonial".[252]

Mais do que uma questão semântica ou um desnecessário rigor técnico, a opção pela locução autonomia negocial mostra-se mais adequada para o propósito de se estabelecer uma conceituação unitária e conforme à unidade do ordenamento jurídico. Nessa perspectiva, a opção justifica-se, na medida em que o emprego da expressão autonomia privada é passível de

[250] Ibid, p. 318.

[251] Como destacado por Rose Melo Vencelau MEIRELES, "o negócio jurídico é o fato que o ordenamento confere eficácia jurígena para a produção de efeitos jurídicos constitutivos, modificativos ou extintivos, conforme a declaração de vontade do agente" (*Autonomia privada e dignidade humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 70).

[252] Dando continuidade, o autor propõe o seguinte conceito para autonomia negocial: "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*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 338).

induzir ao grave erro de conceber o ordenamento jurídico através de uma divisão binária entre o público e o privado, a partir da adoção do critério subjetivo daquele que realiza o ato.

Contudo, a par das considerações prévias, como já destacado por Heloisa Helena Barboza, é preciso restringir o conceito de autonomia para se chegar a um instrumento útil[253] aos fins pretendidos. Assim, como o objeto do estudo aqui realizado é o contrato entre particulares, opta-se pela utilização da expressão autonomia privada.[254]

Para fins de melhor sistematização e delimitação dos contornos jurídicos próprios, considera-se a autonomia privada enquanto gênero que congrega duas espécies, segundo os perfis das situações jurídicas pretendidas pelo ato de autonomia. A autonomia privada pode ser patrimonial ou não patrimonial, sendo que o efeito principal buscado pelo ato de autonomia é que irá determinar a natureza do ato e, por conseguinte, a espécie de autonomia. Pode-se dizer, então, que será da espécie patrimonial quando os perfis das situações jurídicas pretendidas pelo ato de autonomia estiverem diretamente ligados ao patrimônio. Será não patrimonial quando esses mesmos perfis apontarem para um interesse não patrimonial.

Importante frisar que essa divisão não gera qualquer perda de unidade para a categoria em comento. Ao contrário, fortalece-a na unidade axiológica do ordenamento jurídico. Isso porque os atos de autonomia possuem um denominador comum, que vem a ser o direcionamento para a realização de interesses e funções socialmente úteis.[255] E a valoração do ato em atenção às suas especificidades permite a realização do juízo de merecimento de forma mais apurada.

Enquanto gênero, a autonomia privada encontra o seu fundamento e o seu limite na legalidade constitucional, mais especificamente no valor da pessoa, na medida em que "não há que se admitir um espaço de liberdade que afronte as diretrizes constitucionais".[256] O seu fundamento é a liberdade individual e o seu limite é a promoção da personalidade em um contexto social plural. Trata-se, portanto, de uma liberdade na solidariedade, na medida em

---

[253] BARBOZA, Heloísa 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. 407-423, p. 409.

[254] Para uma visão crítica acerca da adoção da expressão autonomia negocial para tratar de questões de direito civil no ordenamento jurídico brasileiro, ver: MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 73-78.

[255] PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 348.

[256] BARBOZA, Heloísa 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. 407-423, p. 410.

que o ato de autonomia denota hoje uma liberdade em concreto, cuja tutela jurídica dependerá do merecimento de tutela do exercício dessa liberdade.

Tratando-se da autonomia privada patrimonial, a liberdade se especifica na livre iniciativa, nos termos do artigo 170 da Constituição Federal, fundamento próprio para atos dessa natureza. E, por opção expressa do constituinte democrático, essa liberdade é funcionalizada ao valor existencial e limitada pela justiça social. Já para os atos de autonomia não patrimonial, o fundamento desloca-se para a cláusula geral de tutela da pessoa humana. Essencial destacar que, para atos de tal natureza, a liberdade deve ser harmonizada com os demais substratos que conformam o princípio da dignidade da pessoa humana, quais sejam, a solidariedade, a igualdade e a integridade psicofísica.[257]

Paulo Luiz Neto Lobo afirma que "seja qual for a concepção que se lhe atribua, a autonomia privada apenas é apreensível a partir dos seus limites".[258] Certamente, são os limites que se opõem a essa liberdade que melhor explicam, ao longo do tempo e espaço, a sua concepção e abrangência e, também, foi a partir da imposição de limites que se deu a grande transformação do conteúdo da autonomia.

Utilizando o mesmo método adotado para a exposição da fundamentação da autonomia privada, em um primeiro momento serão apresentados os limites genéricos à autonomia privada para, em seguida, serem tecidas considerações acerca dos limites específicos para cada uma das espécies de autonomia segundo o perfil dos efeitos principais pretendidos.

O primeiro limite imposto à autonomia privada é o negativo, consubstanciado no critério da licitude/ilicitude. Este sempre existiu e corresponde ao princípio da legalidade, que determina não ser possível fazer aquilo que a lei proíbe. Esse critério mostrava-se suficiente quando a autonomia era percebida como dogma e, nessa esteira, a liberdade por ela representada só sofria limitações em virtude da ordem pública e dos bons costumes.

Esse limite persiste e pode ser observado em diversas passagens da legislação, como, por exemplo, no parágrafo único do artigo 170 da Constituição Federal, ao determinar que, em alguns casos, o exercício da livre iniciativa dependerá de prévia autorização do poder público; no próprio requisito da licitude do objeto para a validade dos negócios jurídicos; na

---

[257] Cf.: BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana:* uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

[258] LOBO, Paulo Luiz Neto. *Direito civil:* parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 99.

proibição do tutor adquirir bens do tutelado; na indissolubilidade do vínculo de afinidade em linha reta que traz como consequência direta o impedimento matrimonial, dentre outros.

Contudo, em um ordenamento promocional, a licitude não é critério bastante para a valoração em termos positivos do ato de autonomia. Razão pela qual resta superado o critério da legalidade pelo da legitimidade e, consequentemente, do juízo de licitude-ilicitude pelo juízo de merecimento de tutela do ato. Fala-se em ruptura do modelo calcado tão somente na legalidade, já que, atualmente, verifica-se a supremacia da legitimidade, ou seja, da observância dos valores e princípios sociais.[259]

Assim, o segundo limite genérico à autonomia privada é o critério da legitimidade. Trata-se de outro limite negativo, porém interno, que determina que os atos de autonomia, além de lícitos, têm que ser exercidos em conformidade com a sua função. Trata-se de um controle de abusividade ou de *disfuncionalidade* do ato. Os parâmetros para esse controle de legitimidade são aqueles estabelecidos pelo legislador no artigo 187 do Código Civil de 2002, a saber: fim econômico ou social, boa-fé e bons costumes. "Nos contratos, a abusividade será sempre identificada diante da contrariedade do exercício da posição contratual por uma das partes à causa ou função negocial".[260]

Há ainda um terceiro limite genérico, consistente na funcionalização do ato de autonomia, que será analisado na próxima seção. No entanto, desde já, importa destacar que se trata do privilégio ao aspecto funcional dos institutos jurídicos como um todo e do ato de autonomia especificamente, a fim de permitir tanto o controle do ato, como, principalmente, a sua adequação ao atendimento dos interesses sociais relevantes.

No âmbito desse terceiro limite genérico é necessário distinguir se o ato de autonomia se dirige à realização de um interesse de natureza patrimonial ou não patrimonial; se envolve sujeitos materialmente iguais ou se se identifica a vulnerabilidade agravada de uma das partes. Ainda que a exata delimitação dos limites aos atos de autonomia só possa ser estabelecida em

[259] "Em suma, a autonomia privada não mais pode ser concebida como o espaço livre e desimpedido onde os particulares possam autorregular seus interesses, máxime quando o poder privado submete o outro juridicamente vulnerável. Sua função atual é muito mais a de permitir que os poderes privados atinjam o equilíbrio de direitos e obrigações, sem submissão de um titular a outro. Ou, então, em dimensão fortemente axiológica, que seja repensada como importante instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social" (LOBO, Paulo Luiz Neto. *Direito civil:* parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 99).

[260] SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, v. 54. São Paulo, 2013, p. 65-98, p. 86.

concreto, em termos gerais pode-se dizer que para os atos de autonomia privada patrimonial soma-se o limite específico da função social.[261]

Em suma, os três limites genéricos mencionados – licitude, legitimidade e funcionalização – impuseram a alteração da base de juridicidade dos atos de autonomia, da vontade para o ordenamento. Rompe-se, em definitivo, com a concepção da autonomia como dogma. Ao revés, a mesma deixa de ser tida como absoluta e passa a depender do valor que o ordenamento irá atribuir ao exercício concreto daquela liberdade. É, portanto, uma liberdade limitada interna e externamente[262] pelo ordenamento, sendo tais limites variáveis em razão dos interesses em jogo, como explica Pietro Perlingieri:[263]

> A constituição operou uma reviravolta qualitativa e quantitativa na ordem normativa. 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. A atenção se desloca do dogma da autonomia ao ato que deve ser valorado não apenas isoladamente, mas no âmbito da atividade exercida pelo sujeito. O juízo de valor deve ser expresso sobre a iniciativa concreta, verificando, em uma visão procedimental, entre outras coisas, o exercício da iniciativa na concatenação dos atos e que o ato e os instrumentos usados para alcançar o resultado perseguido sejam adequados.

2.3. Funcionalização dos institutos jurídicos

O contrato, assim como qualquer outro instituto jurídico, pode ser analisado, ao menos, sob duas perspectivas distintas, vale dizer, privilegiando-se a sua estrutura, correspondente à sua moldura (perfil estático), ou privilegiando-se a sua função, consistente na finalidade prático-social (perfil dinâmico). Como ressalta Pietro Perlingieri, "estrutura e função respondem a duas indagações que se põe em torno do fato. O 'como é?' evidencia a estrutura, o 'para que serve?' evidencia a função".[264]

---

[261] Para discussão acerca dos limites aos atos de natureza existencial, ver: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado., KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo., FACHIN. Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre o direito civil.* v. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 3-24.

[262] Os limites externos sempre existiram e dizem respeito às restrições impostas por lei. Neste sentido, Orlando Gomes afirma que "os limites tradicionais da autonomia privada são a ordem pública e bons costumes" (GOMES, Orlando. *Contratos.* 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 16).

[263] PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 358.

[264] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 94.

Estrutura e função são, portanto, dois aspectos que, desde sempre se fizeram inerentes a todos os institutos jurídicos. A diferença reside, então, na eleição de um ou de outro para a realização do procedimento de interpretação-qualificação do fato, com vistas à individualização da normativa aplicável e, consequentemente, da concretização do direito, bem como para a realização de um juízo de merecimento de proteção jurídica do próprio ato.

Imagine-se que "A" tenha cedido o uso de sua casa de praia para "B", amiga de infância, pelo período de dois meses. Não foi pactuado valor referente ao aluguel, mas foi acordado entre as partes que "B" realizaria alguns reparos hidráulicos no referido imóvel, além de arcar com as despesas de luz, gás e telefone no período. Findo o prazo de dois meses, "B" se recusa a deixar o imóvel, surgindo a dúvida acerca de qual medida deveria ser promovida por "A": reintegração de posse ou ação de despejo?

A análise estrutural nos indica um contrato gratuito, mediante o qual foi cedido, por prazo determinado, a posse de bem infungível. Seria, portanto, um contrato de comodato, cabendo a "A" promover a reintegração de posse. Mas, indo além dos aspectos estruturais: consenso, objeto e falta de contraprestação, pode-se (deve-se) questionar se a realização dos reparos configurariam um encargo ou um aluguel. Perquirindo-se a real finalidade prática daquele acordo, considerando-se todas as circunstâncias pessoais e negociais, pode ser que a conclusão fosse pela celebração de uma locação, cabendo, portanto, ação de despejo.[265]

Controvérsia semelhante foi decidida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. No caso, o proprietário de um imóvel o cedeu para que sua irmã nele residisse, sob a condição de ela pagar as prestações do imóvel financiado. Em virtude do inadimplemento das prestações do financiamento, o proprietário moveu ação de reintegração de posse do referido imóvel, a qual foi extinta sob o fundamento de que a relação das partes era de locação verbal e não de comodato. Em virtude disso, o proprietário moveu ação de despejo cumulada com cobrança a qual, igualmente foi extinta, sem o julgamento do mérito, posto que a sentença entendeu justamente o oposto da anterior, ou seja, que se tratava de comodato modal e não de locação verbal. Em face dessa última sentença, foi promovida a apelação, a fim de que o Tribunal decidisse a natureza jurídica da relação estabelecida entre as partes.

O relator, após esclarecer o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da configuração de contrato modal, destacando que, nessa espécie "a intenção do outorgante

[265] De forma semelhante, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já decidiu que, não obstante falta de aluguel e aparente gratuidade, o empréstimo de imóvel financiado, em que o beneficiário assume o pagamento das prestações, descaracteriza o contrato de comodato para locação. (TJRS, 6 CC. AC 189049984. Rel.: Élvio Schuch Pinto. Julg.: 10/8/1989).

assume grande importância, de maneira que não visa lucro, renda, compensação ou valor correspectivo, mas, simplesmente, restringir o favorecimento, sem destruir o fator gratuidade", acabou por entender que se tratava de locação verbal exatamente porque a dependência do mesmo ao pagamento das prestações do financiamento afastava a gratuidade, representando, a rigor, lucro.[266]

Da mesma forma que no exemplo hipotético, a análise meramente estrutural, na medida em que se mostrava ausente a contraprestação correspondente ao aluguel, indicaria um comodato. Mas, verificando a finalidade prático-social do negócio celebrado, o que só é possível a partir do procedimento unitário de interpretação-qualificação, verifica-se que o ônus imposto ao suposto beneficiário extrapola os limites do encargo e configura verdadeira contraprestação e vantagem patrimonial, consubstanciada na quitação do empréstimo e aquisição da propriedade.

Importante frisar que a funcionalização, ou seja, a priorização do aspecto funcional dos institutos jurídicos, decorre de uma opção ideológica acerca da própria construção jurídica e da função do Direito. Assim, como adverte Eduardo Nunes de Souza[267] o privilégio da estrutura ou da função no estudo do direito associa-se a dois momentos históricos distintos na evolução do positivismo jurídico.

A análise estruturalista estaria associada ao positivismo formalista, idealizado por Hans Kelsen em sua teoria pura do direito, dissociado de influências valorativas ou ideológicas. Por outro lado, a análise funcionalista estaria associada à alocação do social no centro do sistema, levado a cabo, sobretudo, a partir da expansão do próprio Estado e da sua progressiva intervenção nas relações interprivadas.[268]

Na construção jurídica dos séculos XVIII e XIX predominou a perspectiva estrutural e a tutela do patrimônio. Norberto Bobbio explica que as teorias estruturalistas constroem a ideia de direito como "um instrumento específico, cuja especificidade não deriva dos fins a que serve, mas do modo pelo qual os fins, quaisquer que sejam, são perseguidos e alcançados".[269] Já as funções latentes dessas construções jurídicas (identificadas nas

---

[266] TJRS, 15 CC. AC 70005462015. Rel.: Des. Ricardo Raupp Ruschel, Julg.: 10/3/2003.

[267] SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, v. 54. São Paulo, 2013, p. 65-98, p. 67-68.

[268] De forma bastante pragmática, Norberto Bobbio afirma não acreditar ser necessário "insistir na estreitíssima ligação entre teoria estrutural do direito e ponto de vista jurídico, de um lado, e teoria funcional do direito e ponto de vista sociológico, de outro" (*Da estrutura à função*. Barueri: Manole, 2007, p. 82).

[269] Ibid, p. 85.

codificações do período e nas que foram por tal modelo influenciadas, tal como o Código Civil brasileiro de 1916) identificavam-se no "oferecimento de contributos ao desenvolvimento capitalista, à superlativização da relevância da propriedade privada e da vinculação da liberdade individual à situações proprietárias, com agravamento das diferenças sociais", segundo Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk.[270]

Já no século XX verifica-se, até mesmo como resposta crítica ao modelo anterior, uma reaproximação do Direito com a ética e a introdução de carga valorativa na construção e aplicação do Direito. Como é cediço, a lei, enquanto materialização da segurança[271] pretendida e prometida pelo positivismo jurídico,[272] não foi suficiente para obstar os horrores da guerra. Assim, os anos que se seguiram a esse período evidenciaram uma crise moral e social atinentes às "crenças e supostos sobre os quais se apoiava a sociedade moderna"[273] e, mais do que isso, refletiam as dúvidas referentes ao futuro das civilizações, especialmente sobre as relações humanas.[274]

Essas constatações propiciaram o reflorescimento da discussão acerca dos direitos do homem.[275] Contudo, ao tema antigo foi aposta a renovada premissa de que o direito só é

---

[270] 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 editora, 2011, p. 160.

[271] "O único valor que resta ao positivismo garantir, uma vez que os demais (justiça, bem comum etc.) são objeto de dissenso, é o valor segurança [...]. A segurança, entendida como a possibilidade de prever as consequências jurídicas da própria conduta, pelo conhecimento dos padrões (normas) que o Estado utilizará para avaliá-la, é imprescindível em uma sociedade de estranhos, nas quais não se sabe quais os valores que informam a conduta alheia" (BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo jurídico (verbete). In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito.* Rio de Janeiro e São Leopoldo: Renovar e Unisinos, 2009, p. 642-647, p 643 e p. 646).

[272] "No âmbito do Direito, o positivismo representa a tentativa de compreender o Direito como um fenômeno social objetivo" (Ibid, p 643).

[273] HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos:* o breve século XX. 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 20.

[274] "Contudo, a crise moral não dizia respeito apenas aos supostos da civilização moderna, mas também às estruturas históricas das relações humanas que a sociedade moderna herdara de um passado pré-industrial e pré-capitalista e que, agora vemos, haviam possibilitado seu funcionamento. Não era a crise de uma forma de organizar sociedades, mas de todas as formas. Os estranhos apelos em favor de uma sociedade civil não especificada, de uma comunidade, eram as vozes de gerações perdidas e à deriva. Elas se faziam ouvir numa era em que tais palavras, tendo perdido seus sentidos tradicionais, se haviam tornado frases insípidas" (Ibid, p. 21).

[275] "[...] o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências –

direito se for humano. Passa a existir uma preocupação com a função do Direito e dos seus institutos jurídicos e, com isso, prevalência da análise funcionalizada à valoração feita pelos princípios.[276]

O termo função pode assumir diversos significados, mas, na abordagem aqui proposta, especificamente na oposição entre funcionalismo e estruturalismo, indica um aspecto teleológico, posto que se está a cogitar uma finalidade para o Direito. Significa, portanto, uma investigação acerca da contribuição dos institutos jurídicos e do próprio Direito para a sociedade e para aqueles que compõem o elemento vivo dessa sociedade – as pessoas –, destinatários da máxima proteção.

Segundo Norberto Bobbio, verificou-se a partir da década de 1970 a retomada de uma perspectiva sociológica para o Direito, tendo como alvo o formalismo. Essa retomada, segundo o mesmo autor, foi possível quando da passagem do modelo do Estado Liberal para Estado Social, com o consequente aumento das funções do Estado e, também, das próprias funções do Direito.[277] Especificamente, se identifica com a crescente intervenção do Estado nas relações sociais e, em particular, no âmbito contratual especificamente, com a tendência já comentada ao dirigismo.

Importante frisar que, não obstante a funcionalização esteja ligada – sendo possível até mesmo reconhecer uma relação de pertinência – ao funcionalismo, não se confunde com tal tendência. Como explica Norberto Bobbio,[278] o funcionalismo, entendido como uma teoria global da sociedade, não se confunde com a análise funcional de um instituto. Esta última independe da primeira e leva em conta, em uma perspectiva crítica, a maior ou menor utilidade social da função que aquele instituto desempenha.

---

podemos mesmo dizer, de novos valores – como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado" (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 32).

[276] "Se o Estado de Direito, iluminista e racional, mostrou-se insuficiente para a proteção da coletividade frente ao totalitarismo mais abjeto, tornou-se necessário abandonar a legalidade em sentido estrito, permissiva de arbitrariedades e ditaduras, e rumar em direção a terrenos um pouco mais seguros, nos quais os princípios da democracia, da liberdade e da solidariedade não possam jamais ser ignorados. Tais princípios que consubstanciavam valores tomam o lugar das normas jurídicas quando estas se mostram arbitrárias ou injustas, modificando-as para que reflitam o valor sobre o qual se funda, na atualidade, grande parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, isto é, o valor da dignidade da pessoa humana" (BODIN de MORAES, Maria Celina. Constituição e direito civil: tendências. In: *Na medida da pessoa humana:* estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 33-54, p. 40).

[277] BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Barueri: Manole, 2007, p. 82.

[278] Ibid, p.92.

O termo funcionalização, tal como aqui empregado e conforme explica Eduardo Nunes de Souza, consiste "em postura hermenêutica que reconhece que todo instituto jurídico deve ser analisado prioritariamente à luz de sua função [...], e que esta função deve ser compatível com os valores que justificam sua tutela jurídica pelo ordenamento". [279] A adoção dessa postura hermenêutica tem como premissa o reconhecimento de que o Direito não deve cumprir apenas uma função punitiva-repressiva, funcionando como instrumento mantenedor de determinado *status quo*. Muito além dessa, deve cumprir uma função positiva e transformadora da realidade, vale dizer, uma função promocional.

Assim, a análise funcional justifica-se porque permite conhecer e responder aos problemas inerentes ao convívio social de forma concreta e orientada por objetivos e valores compartilhados. Ademais, a análise funcional permite a adequada confluência fato-norma, considerando-se a relatividade e a historicidade dos institutos jurídicos. E, assim, relaciona-se diretamente com a abertura do sistema, cujo propósito "é o de se fazer reconhecer a historicidade do Direito e a modificabilidade dos seus valores fundamentais, [...] com o tempo em que a situação concreta é posta à luz do ordenamento".[280]

Assim, ainda que o privilégio pelo aspecto funcional dos institutos jurídicos não seja uma escolha pessoal do intérprete e aplicador do Direito, apresenta-se, na atualidade, como necessidade imposta para a realização adequada de tais tarefas, em virtude da opção legislativa no sentido da abertura do sistema através da utilização de normas contendo conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais.[281]

Ocorre que, uma vez constatada a impossibilidade de a lei, a partir de regras postas em um sistema pretensamente dotado dos caracteres da unidade, completude e coerência, prever e responder adequadamente a todas as situações novas que emergiam da realidade social cada vez mais complexa e dinâmica, o legislador passa a fazer uso da técnica das cláusulas gerais,

---

[279] SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, v. 54. São Paulo, 2013, p. 65-98, p. 69.

[280] NALIN, Paulo. *Do contrato. Conceito pós-moderno:* em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 67.

[281] "O sistema aberto não se esgota em si ou nos seus elementos componentes, mas sim, na força jurisprudencial, depreendendo-se dele, sobretudo, uma finalidade evidenciada pela funcionalização dos institutos jurídicos. Ora, no sistema fechado mostra-se desnecessária qualquer aplicação funcional dos institutos jurídicos componentes, pois ele não se encontra comprometido com valores tais como a ideia de Direito e a justiça social, mas sim, com o simples funcionamento do próprio sistema" (NALIN, Paulo. *Do contrato. Conceito pós-moderno:* em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2008, p. 69).

com o fito de introduzir no sistema um aspecto valorativo próprio, além do recurso aos conceitos jurídicos indeterminados.

Vê-se, dessa forma, a substituição de um sistema jurídico fechado, por um sistema aberto,[282] configurado como "uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais. Não mais um sistema fechado, representado pela ideia de codificação, mas um sistema aberto, incompleto e móvel nos seus valores fundamentais".[283]

Judith Martins-Costa estabelece, sob o ponto de vista funcional, a distinção entre cláusula geral e conceitos jurídicos indeterminados, aduzindo que esses últimos, compostos por termos com "significados intencionalmente imprecisos ou abertos", são utilizados para a formulação de hipóteses legais, tais como a previsão do artigo 157 do Código Civil de 2002, pelo qual determina o legislador que "ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta".

Em virtude da indeterminação dos conceitos contidos na norma, o juiz deverá recorrer a dados extrínsecos a fim de alcançar o próprio conteúdo da norma, ou seja, a fim de caracterizar ou não a inexperiência ou a premente necessidade e, também a desproporção entre as prestações. Discute-se, ainda em relação ao requisito subjetivo, sobre a necessidade ou não de o outro contratante conhecer tal circunstância e dela se aproveitar. Caio Mário da

---

[282] Claus-Willhelm Canaris se refere às duas concepções de sistemas jurídicos – aberto e fechado – da seguinte forma: "No que toca, em primeiro lugar, à abertura, encontram-se, na literatura, utilizações linguísticas diferentes. Numa delas, a oposição entre sistema aberto e fechado é identificada com a diferença entre uma ordem jurídica construída casuisticamente e apoiada na jurisprudência e uma ordem dominada pela ideia de codificação; nesse sentido, o sistema do Direito alemão atual deve-se considerar, pela sua estrutura, sem dúvida como fechado. Na outra, entende-se por abertura e incompletude, a capacidade de evolução e a modificabilidade do sistema; neste sentido, o sistema da nossa ordem jurídica hodierna pode caracterizar-se como aberto. Pois é um fato geralmente conhecido e admitido o de que ele se encontra numa mudança permanente e que, por exemplo, o nosso sistema de Direito privado surge, no essencial, diferente do imediatamente posterior à promulgação do BGB ou do ainda há trinta anos existente" (CANARIS, Claus-Willhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 103-104).

[283] AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 63. São Paulo, jan/mar. 1993, p.45-56, p. 49.

Silva Pereira entende ser ínsito à lesão o dolo de aproveitamento.[284] Outros autores, no entanto, defendem não ser necessário o dolo de aproveitamento.[285]

Já as cláusulas gerais não tratam de determinar uma hipótese e suas consequências. São normas intencionalmente desenhadas como vaga moldura, a fim de permitir "a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente exteriores ao corpo codificado, bem como a constante formulação de novas normas".[286] A referida autora esclarece ainda que, sob a ótica da técnica legislativa, a cláusula geral "constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente 'aberta', 'fluida' ou 'vaga', caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico".[287]

Trata-se de comando ao juiz para, à luz do caso concreto, criar, complementar ou integrar normas jurídicas. A abertura e constante possibilidade de ressistematização decorre exatamente do maior raio de atuação do magistrado que também poderá buscar fora do sistema os elementos necessários para a concretização da norma. Os exemplos mais referidos de cláusulas gerais no Código Civil de 2002 são a boa-fé objetiva (art. 422) e a função social do contrato (art. 421).

A opção do legislador pelo emprego da técnica legislativa da cláusula geral e pela utilização de conceitos jurídicos indeterminados refuta a possibilidade de análise meramente estrutural. Apesar de a análise funcional ser uma necessidade imposta pelo próprio legislador, não se olvida que a mesma traz como dificuldade inerente a definição de qual função deva ser desempenhada pelo Direito e em relação a quem tal função deva ser exercida.

A função a ser desempenhada pelo Direito foi definida pelo constituinte democrático: trata-se de uma função promocional, com vistas ao atingimento dos objetivos de construção

---

[284] "O Código Civil atual considera a lesão como defeito do negócio jurídico, assinalando a presença de dolo presumido de aproveitamento como elemento subjetivo [...]. A lesão ocorre quando o agente, premido pela necessidade, induzido pela inexperiência ou conduzido pela insensatez, realiza um negócio jurídico que proporciona à outra parte um lucro patrimonial desarrazoado ou exorbitante da normalidade" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil:* introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil. v.1. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 457).

[285] Esta é a orientação do Enunciado 150 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal, em 2004, segundo o qual: "a lesão de que trata o art. 157 do Código Civil não exige dolo de aproveitamento".

[286] MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 286.

[287] Id. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Jus Navigandi*, ano 5, n. 41. Teresina, 2000. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/513>. Acesso em: 13 fev. 2012. Publicado em 05/2000.

de sociedade livre, justa, solidária, comprometida com a efetivação da igualdade substancial. Resta a dúvida acerca de quem deva ser o destinatário de tal função.

Se estivesse sendo adotada uma análise funcionalista em termos sociológicos, provavelmente, chegaríamos à conclusão de que o destinatário seria o todo, a sociedade. Mas, em uma análise afastada da ortodoxia funcionalista, insta refletir sobre quem seria o destinatário de eventual função desempenhada pelo Direito: o todo (a sociedade); o indivíduo (enquanto membro desta sociedade); ou ambos.

Diferentes podem ser as respostas para tal questionamento. Nesta sede adota-se a resposta ofertada pela funcionalização, enquanto premissa metodológica do direito civil-constitucional: o destinatário é a pessoa concreta, inserida com todas as suas peculiaridades em uma relação. Destaca-se a reflexão de Luiz Edson Fachin acerca das mudanças experimentadas pelo Direito Privado e, mais especificamente, pelo Direito Civil, a partir da adoção de uma perspectiva funcional:

> O Direito Privado contemporâneo – e, mais especificamente, o Direito Civil – vem deixando à margem as concepções individualistas do passado, para se ocupar da proteção da dignidade humana em dimensão coexistencial. Nem por isso – vale observar – deixa de ser Direito Privado. Este, que tradicionalmente se ocupa do sujeito proprietário, construído pela abstração dos conceitos, passa a se ocupar do sujeito concreto, que vale pelo que é, sem que precise, para adquirir relevância para o Direito Privado, ser qualificado pelo 'ter'.[288]

2.4. Função, função social e funcionalização do contrato

O objetivo da presente seção é estabelecer as correlações e distinções entre função, função social e funcionalização do contrato. Como restará demonstrado, função é a causa concreta do contrato; função social é limite interno à liberdade de contratar, atuando como avaliador do ato de autonomia; e, funcionalização é o procedimento que abarca ambos.

A funcionalização, ou análise funcional dos institutos jurídicos, deve ser compreendida em dois aspectos: técnico e axiológico, não obstante não se proceda a uma separação de ambos quando da sua operacionalização.

---

[288] FACHIN, L. E.; PIANOVSKI, C. E., A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, vol. 35, Rio de Janeiro: PADMA, 2008, p.107-119.

No perfil técnico corresponde à postura hermenêutica, consistente na escolha do perfil funcional para a análise dos institutos jurídicos. Essa escolha é justificada por duas razões consequenciais: a função é reveladora da finalidade prático-social do ato, razão pela qual permite a sua adequada qualificação jurídica, bem como viabiliza o controle de legitimidade e de merecimento de tutela do próprio ato que o originou. Este último será feito a partir da verificação de compatibilidade do ato com os valores, positivados sob a forma de preceitos constitucionais, que justificam a sua tutela jurídica.[289]

Por certo que tal duplo controle de legitimidade e de adequação ao atendimento dos interesses sociais relevantes só pode ser realizado a partir de uma análise funcional dos institutos jurídicos. E, nessa última perspectiva mencionada, é a própria liberdade que ocupa o papel de objeto da funcionalização. Assim, na seara contratual, por exemplo, isso implica que a "a liberdade de contratar passa a ser protegida em virtude da função perseguida por meio de seu exercício".[290]

No perfil axiológico, a metodologia do direito civil-constitucional contribui qualitativamente para a funcionalização ao reconhecer nos valores socialmente relevantes, elencados no texto constitucional sob a forma de princípios e objetivos, a função a ser desempenhada pelos institutos jurídicos. Com isso, confere resposta sobre qual deva ser a função e sobre quem deva ser o destinatário desta função a ser exercida pelo Direito – indivíduo ou a sociedade.

O constituinte de 1988 rompe com o individualismo filosófico a partir da adoção de um modelo de Estado Social. Poder-se-ia, então, concluir que o direito exerce uma função positiva em relação à sociedade. Contudo, a ruptura se deu a favor do social e da pessoa. Essa aparente contradição delimita precisamente o destinatário e a destinação do Direito. Se personalismo e solidarismo são os paradigmas do ordenamento jurídico vigente, o direito atua positivamente em função da pessoa em sociedade. Não se trata, portanto, nem de individualismo, nem de coletivismo, mas da proteção da pessoa concreta, envolta em um feixe de intersubjetividade. Trata-se da liberdade na solidariedade.

Isto evidencia que a funcionalização, nos termos aqui expressados opera a favor de ambos, da pessoa, titular de determinada situação jurídica subjetiva, e da sociedade – tanto em

---

[289] KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 20.

[290] Id. *Contratos Conexos:* grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 26.

relação à conformidade com os valores socialmente relevantes, quanto no tocante a um terceiro que sofra as repercussões do exercício ou não daquela situação jurídica.[291] Trata-se de uma funcionalização que se individua e opera ante a concreta relação.

Isso ocorre porque o objeto-fim da análise é a relação jurídica. Se a pessoa não apenas vive, mas convive, o Direito volta atenção especial para essa convivência, posto que as situações subjetivas, compreendidas como a síntese dos efeitos do fato, revelada a partir da análise funcional, "encontram a sua justificação e o seu ponto de confluência na relação jurídica [que, por tal razão], deve ser colocada no centro do Direito Civil".[292]

De fato, a seara contratual mostra-se como campo fértil para que a premissa da funcionalização seja empregada com todas as suas potencialidades. *Primeiro*, porque o contrato, dada a sua natureza negocial, é um instrumento por excelência para que os particulares, através da manifestação de sua autonomia, escolham os efeitos jurídicos que desejam produzir, bem como elejam a normativa que irá reger suas relações. E, por isso, necessário se mostra a realização de atento procedimento unitário de interpretação-qualificação do contrato, a fim de individualizar a normativa aplicável. *Segundo*, porque a fonte de juridicidade de todo e qualquer ato de autonomia, especialmente o de autonomia contratual, desloca-se da vontade para o ordenamento e, sendo assim, mostra-se necessária a verificação de compatibilidade do ato com os valores que o justificam.

Como mencionado, a funcionalização é um procedimento que congrega a função e a função social, razão pela qual, passa-se a fazer as distinções e correlações pertinentes.

A função corresponde à síntese dos efeitos essenciais do contrato, à sua finalidade prático-social, ou seja, o efeito que as partes, no exercício de suas respectivas liberdades, pretendiam produzir através daquele ato de autonomia. A funcionalização é postura hermenêutica de privilégio ao perfil funcional em detrimento do estrutural para a realização da sua interpretação e qualificação. Mas também é a realização do juízo de merecimento de tutela do ato. Por fim, função social, em termos estruturais é norma de ordem pública que atua como condicionante da própria liberdade de contratar.

Depreende-se, portanto, que embora próximos, sobretudo em virtude da característica teleológica presente em todos, são conceitos distintos. Não obstante, usual é a confusão entre função e função social do contrato e, consequentemente, a conclusão errônea de que a

---

[291] Cf.: 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 editora, 2011, p. 148-149.

[292] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 113.

funcionalização se encerraria na atribuição de uma função social aos institutos jurídicos e atos de autonomia.

Vislumbram-se três possíveis razões para tal confusão ou sobreposição. Inicialmente, conforme destacado por Eduardo Nunes Souza, em virtude da relevância conferida ao princípio da função social, justificada pelo traço marcadamente solidarista da Constituição de 1988, o interesse social acabou por se tornar "o mais destacado parâmetro de aferição do merecimento de tutela dos atos jurídicos".[293]

De fato, a função social parece ter sido o perfil da funcionalização típica do Estado do Bem-Estar Social, emergente no contexto europeu do pós Segunda Guerra Mundial. No cenário nacional, não obstante a produção legislativa de caráter social das décadas anteriores,[294] tal modelo foi pretendido pela Constituição de 1988, haja vista a previsão dos direitos sociais (art. 6º e 7º), bem como a determinação que a ordem social tem por objetivos o bem-estar e a justiça sociais (art. 193), sendo ainda instituído um amplo sistema de seguridade social (art. 194 e ss) e, acima de tudo, no compromisso de construção de uma sociedade justa e solidária, assumido sob a forma de objetivo fundamental (art. 3º, inc.I).

Diante desse contexto normativo marcado pela ideia genérica de conformação do interesse individual ao social, a sobreposição entre função e função social, se não necessária para a efetiva ruptura com o modelo individualista anterior, ao menos, compreensível. Contudo, como já defendido nesta sede, a função a ser desempenhada pelo Direito e, via de consequência, por seus institutos jurídicos, deve ser condizente com os plúrimos valores constitucionais e realizada em razão da pessoa concreta em sociedade.

O traço solidarista da ordem constitucional vigente se justifica e complementa o personalista. Portanto, não há que se pretender estabelecer, aprioristicamente, uma prevalência entre o interesse pessoal e o coletivo. E, sendo assim, "pensar na dimensão funcional do Direito Civil apenas em termos de função social pode se mostrar insuficiente".[295]

---

[293] SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, v. 54. São Paulo, 2013, p. 70-71.

[294] A título de exemplificação, cita-se: Lei Orgânica da Previdência Social – Lei 3.807, de 26/08/1960; Lei da Aposentadoria Rural – Lei 6.260, de 06/11/1975; Lei de Seguros de Acidente do Trabalho – Lei 6.367, de 19/10/1976; Lei da Previdência Privada – Lei 6.435, de 15/07/1977.

[295] 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 editora, 2011, p. 197.

A segunda possível razão para a confusão entre função e função social é o reflexo do embate doutrinário sobre a conceituação da causa do contrato.[296] Esclarece-se que foge ao escopo da análise aqui pretendida, apresentar, ainda que sumariamente, as diversas concepções sobre causa. O objetivo é tão somente o de identificar uma explicação factível para a confusão entre função e função social do contrato. Ademais, o tema da causa dos contratos será retomado no Capítulo 4, também de forma instrumental e não como objetivo central da análise, posto ser útil para a delimitação dos perfis do equilíbrio econômico dos contratos.

Em uma concepção objetiva, a causa foi equiparada à função. Assim, a causa do contrato corresponderia a função do contrato. E, uma vez estabelecida tal sinonímia, foi necessário delimitar qual seria, então, a função do contrato. Darcy Bessone[297] indica que a causa, na perspectiva objetiva, foi conceituada de três modos: como a função econômico-social do contrato; como o resultado jurídico objetivo que os contratantes visam a obter quando o estipulam (função jurídica do negócio); e, como a síntese dos efeitos essenciais do contrato e a determinação do conteúdo mínimo (função econômico-individual).

A par dos diferentes conceitos, certo que todos eles trazem em si a noção de finalidade para a qual aquele contrato foi celebrado, o que já permitiria uma aproximação com a função social do contrato. Tal aproximação parece ainda mais forte na primeira e na terceira definições.

A primeira, ao definir causa como função econômico-social do negócio, remete à finalidade do contrato a um dado extrajurídico e, na perspectiva da funcionalização do mesmo, o controle de sua validade é referida ao "social". Essa concepção de causa para um ordenamento, tal como o brasileiro, formalmente não causalista, encontrou na cláusula geral da função social do contrato, um caminho para a inserção da causa.[298]

---

[296] Cf. KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

[297] BESSONE, Darcy. *Do contrato:* teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 54.

[298] Nesse sentido, Maria Celina BODIN DE MORAES afirma: "o ordenamento civil brasileiro não dá qualquer guarida a negócios abstratos, isto é, a negócios que estejam sujeitos, tão somente, à vontade das partes, exigindo, ao contrário, que os negócios jurídicos sejam causais, cumpridores de uma função social. Nessa linha de raciocínio, teria o legislador exteriorizado, através dos termos da cláusula geral do art. 421, o princípio da "causalidade negocial". Embora nós talvez continuemos a dizer, simplesmente, que determinado negócio "não cumpre a sua função social" (A causa do contrato. *Civilistica.com.* Rio de Janeiro, ano. 2, n. 4, out-dez/2013, p. 24. Disponível em: www.civilistica.com. Data de acesso: 28/04/2015).

Adotando-se a terceira concepção, segundo a qual a causa é compreendida em concreto, como a síntese dos efeitos essenciais daquele contrato e, sendo tal síntese referente à autonomia e ao ordenamento (tanto no que tange à estrutura mínima imposta por lei, como ao juízo de valor exercido sobre o ato),[299] pode-se concluir que causa (função) e função social possuem estreita proximidade.

Nesse sentido, Eduardo Nunes de Souza[300] argumenta que, na medida em que a função social conforma internamente todas as situações jurídicas subjetivas patrimoniais, o interesse social passa a integrar o próprio conceito da situação jurídica subjetiva patrimonial desde a sua formação. E, nessa perspectiva conclui que a função social integra – sem com ela se confundir – a causa dos negócios jurídicos, quando esta é compreendida como a síntese dos efeitos essenciais do ato.

Por fim, uma terceira razão para a confusão entre causa e função social diz respeito aos papéis exercidos pela causa. Maria Celina Bodin de Moraes identifica três papéis exercidos pela causa: "o seu papel de qualificar os contratos, o de dar (ou negar) juridicidade ao acordo e o de limitar a autonomia privada".[301] Aduz ainda que na prática jurisprudencial brasileira, ainda que não com a frequência desejada, a causa é utilizada na qualificação dos contratos,[302] não sendo observado o segundo papel, posto que a análise acerca da juridicidade recai sobre o objeto e, exatamente no seu terceiro papel, qual seja, o de limitar a autonomia privada, é que haveria a estreita ligação entre causa e função social.

A referida autora chega a afirmar que essa terceira utilidade da causa "tende a se consolidar com a mais apurada interpretação de alguns dispositivos do Código de 2002, em

---

[299] "Todo fato juridicamente relevante e, em particular, todo fato humano voluntário, todo ato de iniciativa privada tem uma função, a qual ou é predeterminada pelo ordenamento nos esquemas típicos, ou é modelada pela iniciativa dos sujeitos. A função, portanto, é a síntese causal do fato, a sua profunda e complexa razão justificadora: ela refere-se não somente à vontade dos sujeitos que o realizam, mas ao fato em si, enquanto social e juridicamente relevante. A razão justificadora é ao mesmo tempo normativa, econômica, social, política e por vezes também psicológica (assim é, por exemplo, em muitos atos familiares com conteúdo não patrimonial) " (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 96).

[300] SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, v. 54. São Paulo, 2013, p. 86.

[301] BODIN DE MORAES, Maria Celina, op. cit., p. 22-23.

[302] Ver: STJ, 3T. REsp 44.456, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, julg.: 22/03/1994; STJ, 2ª Seção. REsp. 443.143, Rel. Min. Antônio Pádua Ribeiro, julg.: 10/09/2003; STJ, 4T. HC 11551, Rel. Min. Barros Monteiro, julg.: 21/03/2000.

particular, a melhor compreensão do teor do art. 421".[303] Importante esclarecer que a autora não está, ao que parece, propriamente equiparando causa à função social. Mas, apenas indicando que, na conformação atual do ordenamento jurídico brasileiro, a função social mostra-se como instrumento promissor para a atuação da causa, nesta função de limitador da autonomia privada.

Concorda-se com os dois primeiros papéis desempenhados pela causa, mas não com o terceiro e, por essa razão (ainda que não só), entende-se não ser possível a equiparação entre causa e função social. Sem dúvida, ambos, causa e função social, auxiliam a funcionalização do contrato e, em larga medida, ambos vêm servindo a finalidades semelhantes. No entanto, isso se dá mais em razão de uma relação de pertinência de ambos ao procedimento de funcionalização do contrato.

Apesar de já mencionado neste Capítulo, a relevância do que se está a expor, acredita-se, autorizar a repetição: a funcionalização é a postura hermenêutica que privilegia o aspecto funcional dos institutos jurídicos para a sua interpretação e qualificação, bem como, para a verificação da legitimidade (não abusividade ou disfuncionalidade) e o merecimento de tutela do ato.

A causa está inserida no privilégio ao perfil funcional do contrato e, sendo a síntese dos seus efeitos essenciais – função econômico-individual –, instrumentalizará a qualificação do mesmo. A causa, portanto, integra o contrato, tanto o é que, nos ordenamentos que a positivaram, a mesma é incluída nos requisitos de validade do negócio. Já na segunda etapa do procedimento de funcionalização, a causa, enquanto parte integrante do contrato, será, junto com o todo (contrato), objeto de um duplo grau de verificação – de legitimidade e de merecimento de tutela –, no qual a função social, inserida nesse processo de funcionalização, exerce o papel de avaliador.

Assim, como bem explicado por Carlos Nelson Konder:

> Se a função social do contrato é aquilo que avalia – ou perante a qual se avalia – a causa do contrato é aquilo que é avaliado. Trata-se da função que aquele contrato específico visa a realizar – seu "perfil funcional" – e que, para tanto, deverá ser compatível com o ordenamento, isto é, com a finalidade, socialmente relevante, em virtude da qual se concede este poder aos particulares, enfim, a dita função social do contrato.[304]

---

[303] BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, ano. 2, n. 4, out-dez/2013, p. 23. Disponível em: www.civilistica.com. Data de acesso: 28/04/2015.

[304] KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 91.

A função social, portanto, não se esgota na causa, assim como a causa não tem toda a potencialidade da função social. Esta última, em nosso ordenamento, apresenta-se como princípio contratual, limitador, internamente, da autonomia das partes, atuando em um juízo valorativo negativo como parâmetro para a verificação da legitimidade do ato, tarefa igualmente exercida pela boa-fé objetiva, também atuando em um juízo valorativo positivo, como parâmetro para verificação do merecimento de tutela jurídica do mesmo ato.

Assim, olhando mais detidamente para o duplo controle valorativo aos quais todos os atos de autonomia estão submetidos, depreende-se que: i) este corresponde aos limites impostos à autonomia, como não poderia deixar de ser, posto que, efetivamente, atuam como limitadores da liberdade; ii) o critério da legitimidade, ao impor que além de lícitos, os atos de autonomia têm que ser exercidos em conformidade com a sua função, reforça o entendimento de que a causa é elemento que está sob avaliação; e, iii) o juízo valorativo positivo, consistente na verificação de compatibilidade do ato com os valores que justificam a sua própria existência, sendo exercido, em sede contratual, pelo princípio da função social que determina que, para ser merecedor de tutela, além de atender aos interesses das partes, o contrato deverá também atender aos interesses sociais relevantes, pois "em um sistema inspirado pela solidariedade política, econômica e social e pelo pleno desenvolvimento das pessoas, o conteúdo da função social assume um papel promocional".[305]

Os atos de autonomia, para serem merecedores de tutela, têm de, não apenas observar as regras jurídicas. Devem atender também ao programa de valores constitucionais. Como esclarecido por Pietro Perlingieri, não basta a observância do limite externo e negativo de tutela, sendo necessária a realização em positivo dos valores constitucionais.[306] Com isso, à autonomia é imposto um limite agora interno, na medida em que a liberdade de agir, obrigatoriamente, deve atender aos deveres decorrentes da promoção da pessoa, da solidariedade e da igualdade substancial.

---

[305] PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 940.

[306] "Em um ordenamento no qual o Estado não assiste passivo à realização dos atos dos particulares, mas exprime juízos sobre eles, o ato meramente lícito não é por si só valorável em termos positivos. Para receber um juízo positivo, o ato deve ser também merecedor de tutela. [...] não basta, portanto, em negativo, a não invasão de um limite de tutela, mas é necessário, em positivo, que o fato possa ser representado como realização prática da ordem jurídica dos valores, como coerente desenvolvimento de premissas sistemáticas colocadas no Texto Constitucional. O juízo de valor do ato deve ser expresso à luz dos princípios fundamentais do ordenamento e dos valores que o caracterizam. Por conseguinte, nem todo ato lícito é merecedor de tutela. A simples licitude exime, de regra, somente a responsabilidade" (Id. *Perfis do direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 92-93).

A fim de ilustrar tudo o que foi dito, imaginemos um contrato celebrado entre "A" e "B", mediante o qual "A" se compromete a pagar determinado valor a "B" que, em contrapartida, assume a obrigação de garantia de um interesse legítimo de "A", delimitado no contrato, em face de riscos predeterminados igualmente no contrato.

Extraindo-se os efeitos essenciais daquilo que foi pactuado pelas partes, temos um contrato de seguro, evidenciado por sua causa, qual seja, a garantia de interesse legítimo em face de riscos predeterminados, mediante o pagamento de um valor para tal, denominado prêmio. Uma vez qualificado o contrato, individua-se a normativa aplicável. Por se tratar de um contrato tipificado, remete-se à disciplina legal correspondente, mas não com o objetivo de realizar uma mera subsunção, já que cada caso concreto deve ser confrontado com todo o ordenamento jurídico.

Uma vez qualificado o negócio, parte-se para a análise da sua validade. Em relação aos sujeitos, deve-se verificar, para além da capacidade, se aquele que assumiu a obrigação de garantia tinha legitimidade para tal, visto que somente poderá figurar como segurador entidade para tal fim legalmente autorizada, nos termos do parágrafo único do artigo 757 do Código Civil de 2002. Trata-se do requisito da empresarialidade, consistente na obrigatoriedade de a entidade operadora de seguros ser constituída sob a forma de sociedade empresária,[307] o que se justifica pelo fato de a obrigação principal do segurador ser a garantia, desde a celebração do contrato até a sua extinção, contra riscos predeterminados.

Em observância ao requisito objetivo de validade, deve-se verificar se o interesse garantido ou segurado era efetivamente legítimo. Interesse legítimo relaciona-se com o motivo determinante, representativo de uma relação de valor[308] entre aquele que contrata o seguro e o bem ou as faculdades da vida (própria ou alheia).

Por essa razão, o legislador fulmina com a nulidade o contrato "para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de

---

[307] "Empresarialidade significa o atributo da atividade econômica organizada em forma de empresa. Quer dizer, a atividade econômica ostenta empresarialidade quando é organizada como empresa. Se ela não apresenta os traços específicos da organização empresarial (articulação de mão-de-obra, insumos, tecnologia e capital), não é dotada de empresarialidade" (COELHO, Fábio Ulhoa. A empresarialidade da entidade seguradora. *III Fórum de Direito do seguro "José Sollero Filho"* (Anais) São Paulo: IBDS, 2003, p. 228-229).

[308] Neste sentido, insta citar a lição de Fábio Konder Comparato: "o interesse segurável, como objeto material do contrato de seguro, não é, pois, uma coisa, mas uma relação, como o indica a própria etimologia (inter esse); mais precisamente, ele é a relação existente entre o segurado e a coisa ou pessoa sujeita ao risco" (COMPARATO, Fabio Konder. *O seguro de crédito:* estudo jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 26).

outro" (art. 762, CC 2002). Como já defendido em outra sede,[309] isso ocorre porque o ato doloso retira a incerteza, elemento essencial do contrato de seguro, desqualificando-o como seguro. Na verdade, a finalidade prática para o segurado seria atentatório à ordem pública,[310] pois o efeito pretendido pelo segurado com o contrato seria o locupletamento, que é vedado (juízo valorativo negativo pelo critério da ilicitude). Além disso, desvirtuaria o contrato dos seus fins econômicos e sociais,[311] além do que, afetaria o equilíbrio do fundo constituído, especialmente porque os riscos deixariam de ser homogêneos, o que inevitavelmente, repercutiria negativamente na esfera dos demais componentes da base mutuaria do seguro (juízo valorativo negativo, consistente no controle de legitimidade da conduta). Por fim, o contrato não estaria atendendo aos valores sociais que o inspiram, notadamente os imperativos de solidariedade social, sem contar que violaria a igualdade dentre aqueles que conformam a base mutuaria do seguro (juízo valorativo positivo, operado pela função social do contrato).[312]

Ainda em relação ao objeto, é admitida a realização de contrato de seguro de vida sobre a vida de outrem, desde que, não sendo o segurado cônjuge, ascendente ou descendente do proponente, seja explicitado o interesse deste último pela vida do segurado. Em regra, o seguro de vida é celebrado entre segurado e segurador, partes do contrato, em favor de um beneficiário, que pode ser o próprio segurado na hipótese de cobertura por sobrevivência ou terceira pessoa por ele indicada no caso de cobertura por morte. Na hipótese de seguro de vida com cobertura por morte pode-se, excepcionalmente, "fazer a operação inversa, isto é, o seguro do terceiro a favor do estipulante",[313] sendo nesse caso restringida a liberdade do estipulante (art. 790, CC 2002).

---

[309] RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Função social nos contratos de seguro: a nova ordem contratual e sua implicação para os contratos de seguro à luz do CDC e do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil* – RTDC, v. 41, Rio de Janeiro: Padma, jan-mar/2010, p.45-70, p. 63.

[310] ALVIM, Pedro. *O seguro e o novo Código Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 33.

[311] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República:* teoria geral dos contratos, contratos em espécie, atos unilaterais títulos de crédito, responsabilidade civil e privilégios creditórios (arts.421 a 965). vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 569.

[312] A rigor, não seria necessário proceder ao juízo valorativo positivo, tendo em vista que o contrato não teria ultrapassado a primeira barreira, consistente no juízo valorativo positivo. No entanto, para fins de ilustração, considerou-se válida a continuidade do exemplo.

[313] ALVIM, Pedro, op. cit., p. 153.

Excepcionando a regra do artigo 140 do Código Civil de que "os motivos que levaram o agente a praticar determinado negócio jurídico são irrelevantes para o direito",[314] a validade do contrato de seguro de vida sobre a vida de outrem fica subordinada à justificação do interesse[315] sobre a vida daquela pessoa. A explicitação das razões visa permitir a verificação da própria causa do contrato, tendo em vista que em um seguro de vida, tem que haver interesse na preservação da vida do segurado, não no sentido da adoção de medidas protetivas, mas um interesse "comprovado pela demonstração de que, com a sua morte, nenhum lucro material ou pecuniário, nenhum ganho, aquele irá obter, de modo direto ou indireto".[316] A exigibilidade da justificação do interesse visa ainda, evitar que o seguro seja desvirtuado em um jogo ou aposta, atentando contra os preceitos de ordem pública,[317] ou até mesmo criminosos.[318]

Permita-se ainda considerar um outro controle imposto pelo legislador, o qual refletirá diretamente na eficácia do contrato, consistente no teto ou limite superior ao valor da cobertura no seguro de dano. Trata-se da limitação da cobertura ao valor da coisa segurada (art. 781, CC 2002). A imposição desse teto justifica-se, pois no de seguro de dano o valor garantido visa compensar o dano patrimonial suportado pelo segurado em decorrência da perda da coisa. E, sendo assim, o valor do seguro não pode ultrapassar o valor da coisa

---

[314] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República:* parte geral e obrigações (arts. 1º ao 420). v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 277.

[315] José Augusto Delgado esclarece que "o interesse a ser declarado é de natureza econômica ou jurídica. Tem de representar razões sociais, de moralidade e de conduta que justifiquem a atitude do estipulante. O interesse em preservar a vida da pessoa segurada não pode ser negativo. Ele há de representar ação a ser tomada pelo segurado no sentido de agir de modo que preserve a vida do segurado" (DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código Civil:* das várias espécies de contrato. Do seguro (arts. 757 ao 802). vol. XI. tomo I. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 724).

[316] Ibid, p.725.

[317] Destaca-se que o legislador brasileiro optou por exigir a justificação pelo interesse na preservação da vida do terceiro, salvo se este for moral e presumido em função dos laços de parentesco. Neste sentido: "o requisito de justificação do interesse assegurável, portanto, desponta em relação ao seguro sobre a vida de terceiro, eis que assim o exigem os interesses ligados à ordem pública, no intuito de se evitar a formação de contratos para fins ilícitos ou mesmo criminosos" (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República:* teoria geral dos contratos, contratos em espécie, atos unilaterais títulos de crédito, responsabilidade civil e privilégios creditórios (arts. 421 a 965). vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 600.).

[318] Sérgio Cavalieri Filho ilustra bem a questão, comentando o seguinte caso: "um empresário francês, dono de um restaurante na França, fazia seguro de vida para seus empregados, depois pagava-lhes um passeio turístico no Brasil e aqui os mandava matar (simulação de assalto ou acidente) para receber a indenização. Um deles sobreviveu e revelou a trama" (CAVALRI FILHO, Sérgio. A trilogia do seguro. *I Forum de Direito do Seguro 'José Sollero Filho* (anais). São Paulo: IBDS, 2001, p.85-98, p.94-95).

segurada. Tanto o é, que, se o segurado contratar novo seguro sobre a coisa, tal limite fica sendo mantido, a fim de se evitar o enriquecimento sem causa (art. 782, CC, 2002).

Estando devidamente qualificado o contrato como da espécie contrato de seguro, e tendo sido preenchidos os seus requisitos de validade, procede-se ao juízo valorativo do mesmo, ou, à sua funcionalização.

Suponhamos agora que no contrato celebrado entre "A" e "B", mediante o qual "A" se compromete a pagar determinado valor a "B" que, em contrapartida, assume a obrigação de garantia de um interesse legítimo de "A", delimitado no contrato, em face de riscos predeterminados também no contrato, as partes tenham acordado que o prêmio – "o preço da garantia"[319] – seria pago em seis parcelas fixas, sendo a primeira prestação quitada na celebração do contrato e as demais nos cinco meses subsequentes.

Suponhamos, ainda, que, após adimplir pontualmente quatro das seis parcelas, "A" tenha atrasado o pagamento da quinta parcela, exatamente no mês em que se verificou o sinistro. Fato seguinte, o segurado "A" contatou a seguradora "B", informando o sinistro e pleiteando a sua indenização nos termos do contrato. A seguradora "B", por seu turno, negou o pagamento da indenização, informando que "A", por estar em mora no pagamento do prêmio, não tinha direito a indenização, nos termos do Artigo 763 do Código Civil.

O artigo 763 do Código Civil de 2002 dispõe que "não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação". A interpretação literal do dispositivo leva a crer que na hipótese de inobservância do tempo do pagamento, restando configurado o inadimplemento relativo (art. 394, CC 2002), não haverá indenização. Entretanto, não obstante a suposta clareza da regra, a mesma deve ser interpretada à luz de todo o ordenamento.

A recusa da seguradora, tendo em vista a previsão expressa do artigo 763 do Código, é, a princípio, lícita. Contudo, como adverte Pietro Perlingieri, "em um ordenamento no qual o Estado não assiste passivo à realização dos atos dos particulares, mas exprime juízos sobre eles, o ato meramente lícito não é por si só valorável em termos positivos [...]. A simples licitude exime, de regra, somente a responsabilidade".[320] E, sendo assim, deve-se continuar a avaliação do ato.

---

[319] TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro*: de acordo com o novo Código Civil Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2003, p. 38.

[320] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 92-93.

Entende-se que, ainda que a seguradora, na qualidade de credora, alegasse falta de interesse em virtude do atraso no pagamento da prestação, o que, a princípio, configuraria o inadimplemento absoluto (parágrafo único do art. 395, CC 2002), tal argumento não poderia prosperar, à luz do controle de legitimidade, ou segundo juízo valorativo negativo ao qual todo ato de autonomia está sujeito. Isso porque configuraria um exercício disfuncional, posto que abusivo, do seu direito de resolução, na medida em que afrontaria tanto o dever de cooperação decorrente da boa-fé objetiva, quanto a finalidade socioeconômica daquele direito. Por essa razão, o direito à resolução seria obstado e o contrato de seguro permaneceria em vigência.

Esse entendimento encontra respaldo nos enunciados 371 e 361, ambos aprovados na IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal. O primeiro dispõe que "A mora do segurado, sendo de escassa importância, não autoriza a resolução do contrato, por atentar ao princípio da boa-fé objetiva". Pelo Enunciado 361 restou consignado que "o adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475".[321]

A continuidade do contrato, no entanto, seria especialmente condicionada, a partir de então, pela função social que atuaria limitando a liberdade de ambas as partes. Em relação à seguradora, uma vez obstado o seu direito de resolução pelo critério da legitimidade, teria a sua liberdade de contratar limitada pela imposição de manutenção do contrato. Já o segurado, de igual sorte, teria a sua liberdade contratual limitada, na medida em que, a exigibilidade da prestação que lhe era devida, qual seja, a indenização em virtude do sinistro, estará condicionada à purgação da mora.[322]

---

[321] Nesse sentido: "Seguro. Inadimplemento da segurada. Falta de pagamento da última prestação. Adimplemento substancial. Resolução. A companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, aliás, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a segurada cumpriu substancialmente com a sua obrigação, não sendo a sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio. Recurso conhecido e provido" (STJ, 4T. REsp 76.362/MT, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 11/12/1995, DJ: 01/04/1996, p. 991).

[322] "Ementa: SEGURO. VEÍCULO. MORA. NOTIFICAÇÃO. PRÊMIO. A Turma reiterou que o simples atraso no adimplemento de parcelas do prêmio do **seguro** de veículo não autoriza o desfazimento automático do contrato, pois é necessária a interpelação para a prévia constituição em **mora** do segurado. No caso, o segurado pagou duas das quatro parcelas e, embora em atraso, não houve interpelação, cabendo, em razão do furto do veículo, a condenação da seguradora ao pagamento do **seguro,** acrescido de juros moratórios a contar da citação, custas e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação. (STJ, 4T. REsp. 726.673/SP. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. Julg: 2/9/2008).

Em síntese, espera-se que o exemplo acima tenha sido exitoso na tarefa de ilustrar a diferenciação entre função, função social e funcionalização do contrato. A funcionalização consiste em procedimento complexo que, a um só tempo, privilegia o aspecto funcional dos institutos jurídicos, no exemplo, o contrato, e impõe a realização de um duplo controle valorativo sobre o contrato.

Então, a função ou causa, conforma o perfil funcional do contrato e é o objeto de análise, destacado pela funcionalização, enquanto postura hermenêutica, tendo por objetivo instrumentalizar a qualificação do contrato. Uma vez qualificado o contrato, o mesmo é remetido à sua estrutura típica, se houver, ou aos requisitos genéricos de validade. Em seguida, dando continuidade à funcionalização do contrato, inicia-se nele uma análise valorativa do contrato, tanto em termos negativos, quanto em termos positivos. Nessa análise, a causa, enquanto elemento interno do contrato, juntamente com o todo, passa a ser avaliada, negativamente, em termos de ilicitude ou não contrariedade à ordem pública e aos bons costumes, bem como em termos de legitimidade. Sendo a figura do abuso de direito destinada a tal controle, a finalidade socioeconômica e a boa-fé objetiva, atuam como parâmetros para a verificação do exercício da posição jurídica. Por fim, procede-se ao juízo valorativo positivo, exercido pela função social do contrato, com o objetivo de verificar se aquele contrato é merecedor de tutela jurídica.

Assim, função ou causa estão relacionadas com a qualificação do contrato; função social é critério avaliador do contrato, bem como limitador da autonomia privada; e funcionalização é o procedimento que compreende e determina as análises pelo perfil funcional e valorativo do ato.

Cita-se também, o Enunciado 376, da IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal: “Para efeito de aplicação do art. 763 do Código Civil, a resolução do contrato depende de prévia interpelação”.

3. ESPAÇO DE NORMATIVIDADE DO PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO FUNCIONAL DOS CONTRATOS

3.1. Convivência e autonomia em relação aos princípios da função social e da boa-fé objetiva

O equilíbrio, a função social e a boa-fé objetiva são três princípios contratuais contemporâneos que encontram fundamentação comum no texto constitucional. Os três princípios compartilham a mesma ambiência jurídica, oxigenada pela axiologia constitucional e também atendem, genericamente, a uma finalidade comum, consistente na conformação do direito contratual ao modelo econômico e social estabelecido pelo constituinte democrático, além de servirem para abrandar (e não anular) os princípios contratuais tradicionais.

Exatamente por isso é que os princípios do equilíbrio, da função social e da boa-fé objetiva, juntamente com os demais princípios incidentes, tal qual o da autonomia privada, se interligam, guardando entre si uma relação de complementação e harmonização.[323] Com efeito, "nem poderia ser diferente, na exata medida em que são os mesmos valores constitucionais, antes de tudo, que determinam uma recompreensão do fenômeno contratual, evidenciando novos princípios que lhe dão conteúdo".[324]

Mesmo reconhecendo-se que não há como afastar as ideias de liberdade efetiva, de igualdade material e de equilíbrio dos princípios da função social e da boa-fé objetiva, cada um desses princípios tem função e conteúdo próprios, que não se confundem entre si, nem com o princípio do equilíbrio, embora possam se complementar. Consequentemente, convém verificar os pontos de interseção e os campos de incidência autônoma de cada um deles.

---

[323] Esse entendimento foi destacado por Antônio Junqueira de Azevedo, nos seguintes termos: "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 dos contratos e a função social do contrato" (AZEVEDO, Antônio Junqueira. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. In: *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 137-147, p. 140).

[324] GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Função social dos contratos:* novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33.

O princípio da função social dos contratos foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código Civil de 2002[325] que, através do artigo 421, determinou que a "a liberdade de contratar será exercida *em razão* e *nos limites* da função social do contrato". Antes mesmo da promulgação da Lei Civil, a proposta legislativa gerou acirradas discussões porque, não obstante as divergências até hoje presentes em relação à interpretação do enunciado, ser incontroversa à imposição de novos limites à liberdade contratual.

Entretanto, o pioneirismo no controle da autonomia negocial não pode ser atribuído à norma do artigo 421, mas sim, aos preceitos constitucionais, reais responsáveis pela renovação na interpretação contratual.[326] Não surpreende, portanto, que o legislador tenha conferido à função social *status* de preceito de ordem pública.[327] Nessa perspectiva, a grande contribuição do legislador de 2002 foi impor na seara contratual uma espécie de constitucionalização normativa, transportando os valores constitucionais através de uma norma, potencializando ainda mais o seu alcance.

Se existe um consenso acerca da função social dos contratos é o de que o princípio encerra mais uma espécie de critério de controle de legitimidade da liberdade contratual, impondo às partes contratantes a observância e o atendimento aos valores socialmente úteis, quando da busca pela realização dos seus próprios interesses.[328] Isso não significa ignorar a

---

[325] Entretanto, o tema função social, nominalmente, não representa uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, visto que a Constituição de 1934 (art. 17) já o contemplava. Contudo, à época relacionava-se à função social da propriedade, traduzindo-se em postulado metajurídico, atrelado à função econômico-social das trocas.

[326] Sobre essa questão, Paulo NALIN assevera que "é notório mostra-se dispensável o Código Civil, para que o contrato seja sempre interpretado de modo socialmente funcionalizado, não só em alguns segmentos contratuais privados, mas, ainda, naqueles que tratam da produção e do consumo, por meio do sistema solidarístico introduzido pela Carta de 1988" (*Do contrato. Conceito pós-moderno:* em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p.231).

[327] Art. 2035, parágrafo único, CC 2002. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.
A Corte Especial do STJ já declarou o caráter de ordem pública da função social do contrato, como depreende-se do trecho seguinte: "[...]. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. [...]. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún.) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167) [...]. (STJ, Corte Especial, REsp. 1.112.524. Presidente Min. Ari Pargendler. Rel. Min. Luis Fux. Julg. 01/09/2010).

[328] "Desse modo, o contrato – antes uma finalidade em si, protegida apenas formalmente como espaço da autonomia individual – passa a ser ele também um instrumento de realização do projeto constitucional. Funcionalizado, ele passa a ser tutelado quando servir à realização daqueles preceitos normativos fundamentais. Quando, contudo, desviado dessa função, não receberá a tutela do ordenamento" (KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*.

função econômica do contrato, transformando-o em instrumento de realização de interesses exclusivamente coletivos, e/ou desprezar a vontade das partes. Trata-se apenas de uma nova forma de composição dos interesses envolvidos, uma harmonização entre o individual e o coletivo ou, simplesmente – recorrendo a uma expressão constantemente utilizada nessa tese – trata-se da liberdade na solidariedade.

Nesse ponto é possível destacar uma área comum entre os princípios da função social e do equilíbrio funcional dos contratos. Ambos constituem instrumentos de adequação dos atos de autonomia à tábua axiológica da constituição, bem como traduzem mecanismos de controle judicial desses mesmos atos. Outro ponto comum e de extrema relevância é que ambos os princípios não se prestam a arbitrariedades judiciais, nem ao desvirtuamento do contrato, transformando-o em mecanismo de assistência social ou de distribuição de renda.

A grande diferença entre os princípios da função social e do equilíbrio funcional dos contratos reside no conteúdo e no alcance de cada um deles. Essa distinção, no entanto, é bastante tormentosa, na medida em que a doutrina diverge a esse respeito em relação ao princípio da função social; e tal dissenso acaba por permitir a confusão das esferas de atuação de um e de outro princípio.

Com efeito, em doutrina verificam-se três posicionamentos principais acerca do conteúdo e do alcance do princípio da função social dos contratos. Em síntese, uma primeira corrente sustenta que a função social do contrato não possui eficácia jurídica autônoma.[329] Já para uma segunda corrente, a função social consiste tão somente em elemento interno do contrato, instrumentalizando o controle de merecimento de tutela do ato.[330] Por fim, há um terceiro entendimento, que afirma que a função social, enquanto expressão do valor social das

---

2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009, p.56).

[329] Humberto Theodoro Júnior, expoente de tal entendimento, constrói a sua tese a partir da visão de que a função social (assim como a boa-fé) é um elemento estranho ao contrato, introduzido ao instituto em razão dos anseios sociais, não fazendo, pois, parte integrante de sua natureza, mas sim, um adicional a sua função primeira, que é a econômica. Além disso, defende que a ausência de disciplina específica por iniciativa do legislador impôs que a eficácia do instituto dependa de outros princípios, o que significa uma aplicação subsidiária. (Cf.: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 95; 107-108).

[330] Gustavo TEPEDINO capitaneia essa corrente, afirmando que "a função [social] consiste em elemento interno e razão justificativa da autonomia privada" (Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo e 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. 395-406, p. 402).

relações, teria dupla eficácia: externa, de proteção aos interesses extracontratuais, e interna, de atendimento aos interesses privados dos contratantes.[331]

Para fins de comparação com o princípio do equilíbrio funcional dos contratos, importa analisar mais detidamente o posicionamento defendido pelas duas primeiras correntes. A primeira corrente reconhece uma eficácia entre as partes e subsidiária da função social do contrato. A segunda reconhece o princípio como elemento interno do contrato, cuja eficácia é externa, ou seja, voltada para os interesses da coletividade.

A primeira corrente, ao negar eficácia jurídica autônoma ao princípio da função social do contrato, ao argumento de que inexistiria uma disciplina jurídica específica para o instituto, e ao afirmar que o espaço de atuação do princípio seria de mero reforço aos institutos já positivados, em nada contribui para o tema. Em vez disso, ela transforma o princípio em recurso de mera retórica legislativa, além de propiciar certa confusão com o espaço de atuação dos demais princípios, especialmente com o do equilíbrio.

Esse entendimento foi refletido ou é o reflexo, já que não se pode precisar o exato sentido da relação, de uma primeira esfera de efeitos[332] reconhecida pelos tribunais,[333] quando da aplicação do princípio da função social dos contratos. Essa primeira esfera de efeitos diria respeito à tutela de interesses das partes contratantes, na medida em que a função social seria utilizada para fundamentar a proibição de contratos injustos ou desequilibrados, ou seja, com o fito de tutelar o equilíbrio entre as partes.

---

[331] Neste sentido, Guilherme Calmon Nogueira da GAMA, afirma que "O princípio da função social do contrato determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais [...]. Dessa forma, a função social não é simples limite externo ou negativo à autonomia privada, mas limite positivo, além de determinação do conteúdo da liberdade de contratos" (Direito Contratual contemporâneo: a função social do contrato. In: TEPEDINO, Gustavo e 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. 369-394, p. 383-386).

[332] Carlos Nelson Konder sistematiza os diferentes posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do princípio da função social dos contratos a partir de esferas de efeitos atribuídas ao enunciado normativo. (Cf.: KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009, p. 60-74).

[333] Segundo Carlos Nelson Konder, na perspectiva dessa primeira esfera de efeitos, "foram suprimidas por violação à função social do contrato condições de reajuste que oneram excessivamente o consumidor, cláusulas impeditivas de restituição do valor pago, negativa de renovação automática de contrato mantido por mais de dez anos, multa excessiva em relação de consumo que afronta os dispositivos consumeristas, dispositivo proibitivo de purgação da mora pelo devedor, cláusula abusiva de renúncia à indenização das benfeitorias, desligamento compulsório de empreendimento cooperativo. Na mesma linha, a possibilidade de revisão judicial dos termos do contrato, quando desequilibrados, encontrou amparo reiteradamente na exigência de atendimento à sua função social" (Ibid, p. 61).

Como se percebe, essa primeira esfera de efeitos acaba sendo atribuída, acriticamente, a diversos princípios contratuais, obrando no sentido de mais confundir.[334] Além de esvaziar[335] a própria importância da função social, induz que a mesma se realiza através de institutos, indiscutivelmente vocacionados ao equilíbrio,[336] perfazendo verdadeiro desserviço a necessária delimitação do campo de atuação de cada um dos princípios.

Por outro lado, importa deter maior atenção na segunda corrente, à qual se filia, porque permite estabelecer os limites de atuação dos princípios da função social e do equilíbrio funcional dos contratos. Essa segunda corrente, capitaneada por Gustavo Tepedino, entende que a função social consiste em elemento interno ao contrato, à qual cumpre a tarefa de limitar e conformar os atos de autonomia ao atendimento dos interesses socialmente relevantes. Nas palavras do autor, "é a função social que permite que o controle social não se

---

[334] Nesse sentido o alerta de Carlos Nelson Konder: "É importante observar que na maior parte destas decisões a função social do contrato vem invocada junto com a boa-fé, o equilíbrio econômico, a vedação de enriquecimento sem causa, a dignidade da pessoa humana e outros princípios, sem que haja qualquer esforço no sentido de uma distinção funcional entre eles. Da mesma forma, a invocação costuma vir para amparar intervenção que já era prevista por outro instituto específico, como a redução da cláusula penal e a proibição de cláusulas abusivas, ou teorias tradicionalmente ligadas a outros princípios contratuais, como o adimplemento substancial. Daí a crítica que pode ser oposta a esta esfera de efeitos que costumam ser atribuídos à função social do contrato: uma vez que não são efeitos exclusivos da função social, esta interpretação contribui para a confusão desta figura com outros princípios e institutos: em vez de auxiliar na individualização da eficácia jurídica própria da função social do contrato, ela produz uma invocação generalizada e sem conteúdo, banalização que serve apenas a esvaziar suas potencialidades" (KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro,2009, p. 61-62).

[335] Por tal razão, faz-se oportuna a transcrição da réplica de Gustavo TEPEDINO, nos termos seguintes: "tal posição acaba por esvaziar a importância da função social, vez que esta se expressaria por meio de institutos já positivados, presentes de forma difusa no ordenamento, prescindindo, por isso mesmo, de eficácia jurídica autônoma. Assim, acabar-se-ia interpretando a Constituição à luz do código civil, vale dizer, o princípio constitucional da função social à luz da disciplina dos diversos institutos codificados, reduzindo-a a pouco mais do que nada, já que os demais institutos dispensariam a sua existência" (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo e 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. 395-406, p. 397).

[336] Segundo o autor, o "grande espaço da função social, de certa maneira, deve ser encontrado no próprio bojo do Código Civil, ou seja, por meio dos institutos legalmente institucionalizados para permitir a invalidação ou a revisão do contrato e assim amenizar a sua dureza oriunda dos moldes plasmados pelo liberalismo. [...]. O campo propício para o desempenho da função social, assim como à realização da equidade contratual é o da aplicação prática das cláusulas gerais com que o legislador definiu os vícios do negócio jurídico, os casos de nulidade ou de revisão. Seria pela prudente submissão do caso concreto às noções legais com que o Código tipificou as hipóteses de intervenção judicial no contrato que se daria a sua grande adequação às exigências sociais acobertadas pela lei civil" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 95; 107-108).

limite ao exame das estruturas ou tipos abstratamente considerados [...] dando lugar ao exame de merecimento de tutela do tipo em concreto [...]".[337]

Conforme já destacado no Capítulo 2, os atos de autonomia são submetidos a um triplo limite. Os dois primeiros são negativos e consistem nos critérios da licitude/ilicitude e da legitimidade, ao passo que o terceiro é um limite positivo, consubstanciado no juízo do merecimento de tutela. O segundo limite, destinado ao controle da abusividade ou da disfuncionalidade do ato, é usualmente referido à figura do abuso do direito, especialmente após a sua positivação pelo legislador de 2002. E, segundo a previsão normativa constante do artigo 187 do Código Civil de 2002, o primeiro parâmetro para a aferição do abuso ou exercício disfuncional é o fim econômico ou social do direito. [338]

Em que pese não se observar na doutrina uma atenção detida a esse parâmetro, uma vez que a figura do abuso do direito passou a ser tratada quase que como um desdobramento do princípio da boa-fé objetiva, as poucas menções que são feitas remetem o conteúdo da expressão "fim econômico ou social" ao princípio da função social.[339]

Ocorre que o controle de abusividade ou de disfuncionalidade diz respeito ao exercício de determinada posição jurídica em contrariedade à sua função. Esta última, como esclarecido no Capítulo 2, vem a ser a síntese dos efeitos essenciais do ato, correspondendo à sua causa, a qual, nesta sede, foi delimitada como função econômico-individual. Nessa perspectiva, o exercício disfuncional é aquele que contraria a função econômico-individual do direito, ou seja, a sua causa. Porém, por opção do legislador, o parâmetro para aferição do abuso é composto pelo fim econômico e social. Assim, forçoso reconhecer que, no que diz respeito ao social, tal parâmetro está ligado, também, à função social.

Com efeito, é possível reconhecer que ambos os princípios estejam contemplados na expressão fim econômico ou social. Entretanto, ao princípio do equilíbrio funcional dos

---

[337] TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo e 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. 395-406, p. 402.

[338] Art. 187, CC 2002.Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

[339] Nesse sentido, José de Oliveira ASCENSÃO reconhece que o fim econômico e social "envolve uma boa dose de ambigüidade. Temos, porém um apoio no art. 2.035, parágrafo único, CC/02, que qualifica como regras de ordem pública as referentes à função social da propriedade e do contrato. O preceito é relativo às convenções, mas dele retira-se facilmente a extensão da qualificação da ordem pública também para o próprio exercício. Daqui resulta que a contrariedade do exercício à função social deve ser oficiosamente apreciada em juízo". (A desconstrução do abuso do direito. In: AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado (Org.). *Jornada de Direito Civil* (conferência de encerramento). Brasília: CJF, 2005, p. 31-51, p. 43).

contratos compete verificar a adequação ao fim econômico e privado, esse último compreendido como o interesse das partes; à função social cabe a verificação da compatibilidade com o fim social. Esse último critério representa "uma medida de utilidade do direito a qual deve ser compreendida desde uma utilidade econômica para o titular, e que deve ser compatibilizada, em seu exercício, com a utilidade econômica para a sociedade".[340]

Assim, ainda que a função social possa abranger o objetivo de concretização da igualdade material entre as partes e o equilíbrio contratual, será de forma tangencial, posto não ser esse o objetivo perseguido. Por outro lado, o que particulariza e delimita o efeito imediato do princípio do equilíbrio funcional é justamente a atenção ao conteúdo do contrato, cujos efeitos serão produzidos e sentidos pelas partes.

Destaca-se, ainda, que o controle exercido pelo princípio do equilíbrio funcional se realiza em observância à intenção das partes, a partir das preferências reveladas das próprias partes, identificadas pelo magistrado durante o procedimento de interpretação e qualificação do negócio concreto realizado ou, simplesmente, em atenção à função econômico-individual do contrato.[341] Por outro lado, o controle exercido pela função social é feito a partir dos valores socialmente relevantes. Enquanto o equilíbrio parte de uma escolha prévia pela liberdade, a qual será eventualmente limitada, a função social parte da limitação da liberdade.[342]

Por fim, o terceiro limite imposto aos atos de autonomia, corresponde ao juízo positivo de merecimento de tutela do próprio ato. Esse terceiro limite é primordialmente exercido pela função social.[343] O equilíbrio funcional não irá, necessariamente, integrar esse terceiro limite que é positivo. Ocorre que, enquanto a função social impõe o atendimento de interesses socialmente úteis – um *facere* –, a partir da limitação e funcionalização da própria liberdade, o equilíbrio funcional impõe um respeito ao valor da justiça ou do equilíbrio das trocas – um

---

[340] MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito:* ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 148.

[341] Ver: Capítulo 4.

[342] Sobre o controle exercido pela função social, ver Capítulo 2. Já o controle e forma de operacionalização do princípio do equilíbrio funcional dos contratos, são temas desenvolvidos nos capítulos seguintes.

[343] A função social "[...] consiste em elemento interno e razão justificadora da autonomia privada. [...] para instrumentalizar as estruturas jurídicas aos valores do ordenamento, a permitir o controle dinâmico e concreto da atividade privada. [...] A função social, assim, definirá a estrutura dos poderes dos contratantes no caso concreto, e será relevante para aferir a legitimidade de certas cláusulas contratuais que, embora lícitas, atinjam diretamente interesses externos à estrutura contratual – cláusulas de sigilo, de exclusividade e de não concorrência, dentre outras" (TEPEDINO, Gustavo. Pessoa humana, direito civil e função social. Separata de Liber Amicorum: homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 371-372).

não facere – consubstanciado no dever de não celebrar contratos gravemente desproporcionais.

Excepcionalmente, no entanto, pode ocorrer de inexistir uma disfuncionalidade no contrato, mas, ainda assim, existirem dois interesses lícitos, não abusivos e, mutuamente excludentes, referentes ao conteúdo objetivo do contrato, a exigir uma especial proteção a um dos contratantes, hipóteses nas quais, o princípio do equilíbrio funcional atuará na seleção do interesse, em concreto, que deverá prevalecer.

À luz dessa sistematização, parece evidente que ambos os princípios instrumentalizam formas de controle e limite aos atos de autonomia. Porém, para cada um deles há um âmbito específico de atuação. Em síntese, enquanto a função social é direcionada à proteção de interesses da coletividade, externos ao contrato, o equilíbrio funcional volta-se para a proteção dos interesses dos contratantes, embora, ao fazer isso, realize os valores constitucionais. E, justamente nesse aspecto, o equilíbrio funcional encontra uma área específica e outra comum ao princípio da boa-fé objetiva.

O princípio da boa-fé objetiva[344] foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Defesa do Consumidor[345] e, posteriormente, o legislador de 2002, através de três dispositivos,[346] irradiou a força do princípio para as demais relações, vinculando não só os contratantes, mas, também, o julgador, quando a boa-fé objetiva "passa a usufruir do *status* de

[344] O princípio da boa-fé, na acepção subjetiva, foi expressamente previsto pela primeira vez no Código Comercial de 1850 (art. 131, I) e, posteriormente pelo Código Civil de 1916 que empregou a acepção subjetiva da boa-fé ao tratar, por exemplo, do possuidor de boa-fé (art.490) e dos requisitos para usucapião de bem imóvel (art. 551). Além disso, não obstante a falta de previsão legislativa da vertente objetiva da boa-fé, a mesma já era defendida no âmbito doutrinário por Clóvis V. do Couto e Silva, em tese defendida em 1964, quando da sua candidatura à cátedra de direito civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. (Cf.: *A obrigação como processo.* Rio de Janeiro: FGV, 2006).

[345] Art. 4º, CDC. A Política Nacional de Relações de Consumo *tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores*, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, *a proteção de seus interesses econômicos*, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como *a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios*: [...] III – *harmonização dos interesses dos participantes* das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), *sempre com base na boa fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores* (destaque nosso).
Art 51, CDC. 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 equidade* (grifo nosso).

[346] Artigos 422, 113 e 187, todos do Código Civil de 2002.

um princípio fundante do regime *geral* de todos os contratos, indistintamente, paritários ou não".[347]

De uma forma geral, pode-se dizer que a boa-fé objetiva impõe aos contratantes a observância de certo padrão de comportamento ético,[348] o qual será um parâmetro utilizado pelo julgador quando da interpretação, integração e solução das controvérsias submetidas à sua análise.[349]

O princípio da boa-fé, como é cediço, é bipartite, sendo composto por uma vertente subjetiva – há muito presente no ordenamento jurídico brasileiro – e por uma vertente objetiva. Na primeira acepção pode ser entendida como um "estado interior ou psicológico relativo ao conhecimento, ou desconhecimento, e à intenção ou falta de intenção, de alguém".[350] Na segunda acepção se configura como uma norma de comportamento, que irá "exigir comportamentos objetivamente adequados aos parâmetros de lealdade, honestidade e colaboração no alcance dos fins perseguidos em cada relação obrigacional".[351]

A doutrina brasileira, seguindo a classificação alemã e em observância ao texto codificado, identifica uma tríplice função para a vertente objetiva da boa-fé. A função integrativa da boa-fé objetiva (artigo 422 do Código Civil[352]) estabelece a obrigação acessória

---

[347] NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.221-254, p. 222-223.

[348] "O princípio da boa-fé contribui para determinar o *que* e o *como* da prestação e, ao relacionar ambos os figurantes do vínculo, fixa, também, os limites da prestação. Nos negócios jurídicos bilaterais, o interesse, conferido a cada participante da relação jurídica (*mea res agitur*), encontra sua fronteira nos interesses do outro figurante, dignos de serem protegidos. O princípio da boa-fé opera, aqui, significativamente, como mandamento de consideração" (COUTO E SILVA, Clovis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 34).

[349] "Não se pode recusar a existência de relação entre a hermenêutica integradora e o princípio da boa-fé. [...]. Nesse processo hermenêutico, cuida-se em conferir justa medida à vontade que se interpreta [...] e de evitar-se o subjetivismo e o psicologismo a que se chegaria sem dificuldade, caso o interesse de ambas as partes não fosse devidamente considerado. Por meio da interpretação da vontade, é possível integrar o conteúdo do negócio jurídico com outros deveres que não emergem diretamente da declaração" (Ibid, p. 35-36).

[350] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 3, set/dez, 1992, p. 78-87, p. 79.

[351] TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações*: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.29-44, p. 32.

[352] Art. 422, CC 2002. Os contratantes são obrigados a guardar, tanto na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

de agir segundo a probidade e a boa-fé. A. função limitativa (artigo 187 do Código Civil[353]) visa a impedir o exercício abusivo das posições jurídicas.[354] E a função interpretativa (artigo 113 do Código Civil[355]) determina que o contrato seja interpretado segundo a boa-fé.

Insta questionar se o princípio do equilíbrio não estaria absorvido pelo princípio da boa-fé objetiva ou se, pelo menos, as funções por aquele desempenhadas não poderiam ser, igualmente, exercidas pelo último. Cláudia Lima Marques entende que sim, afirmando que "essa noção de procura de equilíbrio e equidade contratual está inserida no princípio da boa-fé ou no princípio formulador máximo, o da confiança".[356] A autora sustenta que a boa-fé objetiva valoriza e protege os interesses legítimos que levaram as partes a contratar, entre os quais estariam inseridos o nexo de interdependência e o sinalagma, permitindo, entre outras coisas, a definição de eventual abusividade ou desequilíbrio.[357]

Entretanto, observando cada uma das funções que são atribuídas à boa-fé, é possível delimitar as áreas de interseção e o espaço singular desse princípio em relação ao do equilíbrio funcional dos contratos. Ambos, como já afirmado, voltam-se para a proteção dos contratantes e da finalidade do contrato, impondo determinados deveres. Entretanto, a cada um deles cumpre o exercício de funções próprias.

No âmbito da sua função integrativa, a boa-fé objetiva impõe deveres genéricos de recíproca cooperação ou colaboração entre as partes.[358] Já o princípio do equilíbrio funcional dos contratos impõe o dever específico de repartição proporcional (não igual) entre os direitos

---

[353] Art. 187, CC 2002. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

[354] Para um maior detalhamento acerca de cada uma dessas funções, ver, por todos: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

[355] Art. 113, CC 2002. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

[356] MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 289.

[357] Em sentido semelhante, Humberto THEODORO JUNIOR afirma "Quando o contrato se revela desequilibrado, em face do equacionamento que seria normal em avenças da espécie, a infração se registra no plano da boa-fé objetiva, pelo que poderá submetê-lo à revisão ou rescisão, nos moldes da figura da lesão" (*O contrato e sua função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.105).

[358] "No âmbito contratual, portanto, o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca cooperação, com consideração dos interesses um do outro, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a existência jurídica do contrato celebrado" (NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp.221-254, p. 227).

e obrigações estabelecidos em um contrato ou, em outros termos, impõe a observância do sinalagma. Justamente nesse ponto reside a diferença entre ambos.

Enquanto a boa-fé impõe deveres positivos de conduta, o equilíbrio impõe um dever negativo de não violar o sinalagma. Ambos representam limites à autonomia, porém, diversos. O princípio do equilíbrio ocupa-se do conteúdo do contrato em atenção a um balanceamento geral entre as obrigações dele decorrentes, ao passo que a boa-fé incide diretamente na conduta das partes, prescrevendo deveres de cooperação.[359] Essa distinção justifica-se pelo fato de que o equilíbrio se ocupa do conjunto contratual concreto e específico, ao passo que a boa-fé assume atuação mais generalizante.[360]

Outro ponto comum diz respeito ao fato de que ambos servem como parâmetros para verificação da legitimidade do ato de autonomia. Em que pese a função limitadora do exercício das posições jurídicas ou, simplesmente, o abuso do direito, ser usualmente relacionado à boa-fé, o fim econômico ou social do direito também é critério eleito pelo legislador para a verificação da abusividade do exercício do direito. No exercício dessa função, os princípios se aproximam e distanciam.

Se aproximam, na medida em que, seja utilizando a boa-fé, seja recorrendo ao fim econômico do contrato, a verificação é feita de forma objetiva pelo julgador. Como se depreende, ambos os princípios não traduzem espaço para arbitrariedades ou subjetivismos do julgador, mas apenas permitem a avaliação através de critérios objetivos. No entanto, se distanciam em virtude do conteúdo e da abrangência de um e outro.

À boa-fé importa verificar a presença de elementos objetivos acerca da cooperação entre as partes, bem como o exercício desarrazoado de certa posição jurídica, compreendido como aquele contrário ao padrão de colaboração e retidão. Ao equilíbrio compete verificar a

---

[359] ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do equilíbrio contratual*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 157.

[360] Um bom exemplo dessa diferença é a hipótese de responsabilidade extracontratual do terceiro que contribui para o inadimplemento de um contrato do qual não seja parte. O princípio do equilíbrio não incidiria sobre a hipótese, ao passo que o princípio da boa-fé impõe aos terceiros, o respeito aos contratos. Nesse sentido, cita-se a decisão sobre o conhecido caso envolvendo o cantor Zeca Pagodinho e duas agências de publicidade: Ementa: RECURSOS ESPECIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCORRÊNCIA DESLEAL. INTERVENÇÃO EM CONTRATO ALHEIO. TERCEIRO OFENSOR. VIOLAÇÃO À BOA-FÉ OBJETIVA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO SÓCIO E CERCEAMENTO DE DEFESA. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES. OBRIGAÇÃO ALTERNATIVA. APLICAÇÃO DO ART. 571 DO CPC. DANOS MORAIS. INOCORRÊNCIA NO CASO. PESSOA JURÍDICA. AUSÊNCIA DE OFENSA À HONRA OBJETIVA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR FIXO. DESCABIMENTO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. [...] 6. Aplicação dos ditames derivados do princípio da boa-fé objetiva ao comportamento do terceiro ofensor. [...]. (STJ, 3T. REsp. 1.316.149 – SP. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJe: 27/06/2014).

proporcionalidade entre as obrigações existentes. Em resumo, a boa-fé limita o exercício de uma posição jurídica, ao passo que o equilíbrio ataca essa posição jurídica.

A título de ilustração, suponha um contrato de compra e venda a prazo de automóvel entre particulares, no qual foi estabelecido que a mora do vendedor na entrega das pertenças do veículo, tais como, manual e tapetes, e/ou na transferência de titularidade junto ao órgão competente implicaria na perda do direito ao recebimento das parcelas restantes. Considere-se, ainda, que tenha sido acordado que o pagamento seria realizado em 10 prestações mensais e de igual valor e que foi fixado um prazo de 60 dias para a entrega das pertenças e a transferência da titularidade do bem. A princípio, e tendo em vista as informações contidas no exemplo, não haveria de se falar em falta de cooperação na fixação do prazo para a realização de tarefas simples. Mas, sem dúvida, a penalidade imposta é desproporcional. Assim, a atuação do juiz não seria para obstar o exercício de uma posição jurídica, mas para alterar o conteúdo do contrato.

Diferente seria o controle do ato de autonomia se se tratasse, por exemplo, de uma alienação fiduciária para a possível aquisição do automóvel, com conteúdo equilibrado e que o devedor ficasse inadimplente após o cumprimento de montante considerável do contrato. Na eventualidade de o credor pretender exercer o seu direito potestativo à resolução, poderia incidir o controle, através da boa-fé.

Em relação à função interpretativa, atribuída à boa-fé objetiva, também se verificam similitudes e distinções, quando comparada ao princípio do equilíbrio funcional. Ambos devem guiar a interpretação do julgador, porém, de formas diversas, em razão do próprio conteúdo normativo de um e de outro princípio.

Um ponto em comum entre esses dois princípios é o fato de eles se revestirem de variadas formas para serem melhor aplicados às distintas configurações concretas, na medida em que traduzem normas diferenciadas cujos conteúdos não podem ser rigidamente fixados ou predeterminados, dependendo sempre das circunstâncias do caso. Por essa razão é que, por exemplo, em relação ao princípio do equilíbrio funcional dos contratos, não se determina nem a igualdade entre prestação e contraprestação, nem um certo percentual para a verificação da proporcionalidade entre elas. Já em relação à boa-fé, por exemplo, também não são fixados, *a priori*, quais são os comportamentos exigíveis.

Diferenciam-se, no entanto, em razão das suas próprias especificidades, uma vez que a boa-fé é guiada por *standards* de comportamento, permitindo que se compare as obrigações

de uma e de outra parte contratante com base em um critério de razoabilidade.[361] Por outro lado, o princípio do equilíbrio, preenchido pela noção de proporcionalidade, consistiria em uma diferente forma de valorar os interesses patrimoniais e de garantir a sua proteção, a partir de uma comparação com outros interesses, baseado na justa proporção que vem a ser parâmetro ulterior e sucessivo a respeito daquele de razoabilidade.[362]

Com efeito, o princípio da boa-fé objetiva não pode compactuar com imposições e excessos que a desigualdade material permite sejam impingidos de uma parte a outra dentro de determinada relação obrigacional. Assim, sem dúvida, a boa-fé objetiva pode e deve incidir sobre aspectos referentes ao equilíbrio dos contratos, porém, não tem o condão de preencher o espaço do princípio do equilíbrio, nem de desempenhar a sua função e vice-versa.

Como já sublinhado por Pietro Perlingieri, o controle da autonomia negocial, através da cláusula geral de boa-fé, mostrou-se insuficiente para a concretização do mandamento constitucional de eliminação das desigualdades ou de concretização da igualdade substancial, não sendo o bastante para suprir a assimetria de poderes das partes em um contrato.[363] Isso justifica a relativização do princípio da intangibilidade dos pactos, por meio do princípio do equilíbrio.

A rigor, uma diferença essencial entre os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio funcional diz respeito à atuação judicial. O objetivo do primeiro é permitir a interpretação da avença nos moldes dos anseios éticos e não conferir ao magistrado o poder de alterar as cláusulas pactuadas, mas sim, de interpretar a declaração de vontade e integrar as lacunas do contrato conforme os usos e costumes sociais.[364] Por outro lado, através do princípio do

---

[361] Nesse sentido, Cláudia Lima Marques se posiciona, ao afirmar que a partir da boa-fé poderiam ser definidos "como abuso a unilateralidade excessiva ou o desequilíbrio irrazoável da engenharia contratual [...], redefinindo-se o que é razoável" (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 289-290).

[362] "[...] Infatti, la proporzionalità consiste nella giusta proporzione, quantificazione, e quindi configura um parametro ulteriore e sucessivo rispetto a quello di ragionevolezza (intesa come astratta giustificabilità), uma diversa modalità di valutare l´entità dell´interesse patrimoniale, ovvero la misura della sua protezione giuridica in comparazione e bilanciamento com quella di altri interessi" (PERLINGIERI, Pietro. Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC,* v. 12, Rio de Janeiro: PADMA, 2002, p.131-168, p. 138).
Em tradução livre: " [...]. Na verdade, a proporcionalidade consiste na correta proporção, quantificação e, portanto, configura um parâmetro adicional e sucessivo em relação ao da lógica (entendida como justificabilidade abstrata), uma modalidade diferente de avaliar a importância do interesse patrimonial, ou seja, a extensão de sua proteção jurídica em comparação e equilíbrio com a de outros interesses".

[363] Ibid, p. 132-133.

[364] "A cláusula geral contida no artigo 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes" (Enunciado 26 a I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal – STJ).

equilíbrio funcional dos contratos, o que se propõe é permitir ao magistrado intervir no contrato, reequilibrando-o, quando necessário, a fim de que o mesmo possa produzir os seus efeitos próprios em conformidade com os valores do ordenamento.

Por fim, não obstante as especificidades de cada um dos princípios e o necessário reconhecimento do espaço a ser preenchido de forma autônoma pelo princípio do equilíbrio funcional dos contratos, nada impede, como proposto por Pietro Perlingieri, que a boa-fé represente um corretivo na aplicação do equilíbrio ou proporcionalidade, já que este último deve atuar conforme a boa-fé.[365]

3.2. Equilíbrio e justiça contratual na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Usualmente, afirma-se que o conceito de justiça está intimamente relacionado ao equilíbrio contratual, derivando dessa correlação a ideia de que justo é o acordo equitativo entre as partes.[366] Essa construção tem como base filosófica a noção de justiça comutativa de Aristóteles,[367] que pode ser observada tanto em suas obras doutrinárias, quanto na atuação jurisprudencial.

---

[365] PERLINGIERI, Pietro. Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 12, Rio de Janeiro: PADMA, 2002, p.131-168, p. 146.

[366] Cf.: BRITO, Rodrigo Toscano de. *Equivalência material dos contratos:* civis, empresariais e de consumo. São Paulo: Saraiva, 2007; CAMILETTI, Francesco. *Profili del problemi dell´equilibrio contrattuale.* Milano: Giuffrè, 2004; MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Coleção Professor Agostinho Alvim. LOTUFO, Renan (Coord.); LARENZ, Karl. *Derecho justo:* fundamentos de ética jurídica. Madri: Civitas, 2001; RINALDI, Carlo. *La proporzione tra le prestazioni contrattuali*. 2004-2005. Tese (Dottorato di ricerca in Diritto Comune Patrimoniale. XVIII Ciclo) – Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Frederico II, Nápoles; ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do equilíbrio contratual.* São Paulo: Saraiva, 2012.

[367] Aristóteles, partindo da hipótese de que a justiça é a virtude que leva os homens a desejarem o que é justo, construiu a sua tese partindo de uma abordagem geral, na qual a justiça universal ligava-se à lei, seguida da análise descritiva da justiça particular, relacionada à igualdade. Nesse âmbito particular, tratou da justiça distributiva e da justiça corretiva, sendo esta última subdividida em duas classes de transações privadas (voluntárias e involuntárias). A justiça, de modo geral – os "atos justos" –, seria aquela que, na sociedade, produz e faz permanecer a felicidade e tudo o que é necessário para que ela seja estabelecida e mantida. Esta justiça, no entanto, só seria uma virtude completa quando praticada em relação ao próximo, ou seja, em um âmbito particular, no qual são identificadas as justiças distributiva e comutativa. A justiça distributiva diz respeito às relações dos cidadãos com o Estado, sendo orientada pela lógica da progressão geométrica, a fim de que as desigualdades fáticas e ontológicas fossem consideradas, já que esta manda que a sociedade dê a cada particular o bem que lhe é devido. Já a justiça corretiva ou comutativa incidiria sobre as relações particulares, com o fito de estabelecer uma igualdade absoluta, seguindo a lógica da proporção aritmética, tendo em vista que

De fato, é bastante usual, especialmente diante de contratos comutativos, a correlação entre justiça contratual e equilíbrio, sendo tal conexão – ainda que apenas nominalmente – observada na experiência jurisprudencial brasileira, de onde se pode extrair alguns critérios para a análise dos perfis do princípio do equilíbrio funcional dos contratos e, consequentemente, para sua operacionalização.

Em uma pesquisa simples,[368] realizada no banco de decisões do Superior Tribunal de Justiça, utilizando como parâmetro de busca a expressão "justiça contratual", obteve-se o retorno de sete acórdãos, dos quais, seis proferidos em sede de recurso especial e um em sede de agravo regimental em recurso especial. Dos sete acórdãos, quatro versavam sobre contrato de incorporação imobiliária, um sobre indenização securitária, um sobre reajuste de prestação de financiamento de imóvel pelo Sistema Financeiro de Habitação e um sobre compra e venda de imóvel.

Em comum, todas as decisões relacionavam justiça contratual à noção de equilíbrio. Em seis dos sete acórdãos buscava-se um equilíbrio subjetivo, compreendido como efetiva liberdade e igualdade das partes na celebração e execução do contrato e em apenas uma decisão buscou o equilíbrio objetivo do contrato, verificando-se a proporcionalidade entre as prestações estabelecidas. A maior atenção ao perfil subjetivo do equilíbrio em um contrato talvez possa ser explicada pela necessidade de readequação da velha fórmula da justiça no contrato.

Como é cediço, tradicionalmente se dizia que se é contrato é justo, sendo tal conclusão tida como resultado inexorável, do somatório da liberdade e da igualdade. Uma vez constatada que a igualdade é muitas vezes apenas formal e, consequentemente, não efetiva, é compreensível supor que, igualados os poderes das partes, assegurada estaria a liberdade efetiva e, consequentemente, o contrato voltaria a ser justo.

é a justiça que preside as trocas (Cf.: ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Abril S.A. Cultural, 1984, 1129b15).
Nesse sentido, Tércio Sampaio Júnior assevera que a justiça corretiva "é a que realiza a igualdade nas transações individuais, mas, diferentemente da distributiva, não leva em conta os sujeitos da relação igualitária, mas sim as coisas que devem ser igualadas. Em outras palavras, a justiça diortótica, ao contrário da justiça distributiva, à qual importa o mérito das partes, visa apenas medir impessoalmente o dano e a perda, supondo iguais os termos pessoais" (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Aristóteles (verbete). In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro e São Leopoldo: Renovar e Unisinos, 2009, p 68-72, p 71).

[368] A pesquisa foi realizada em dois momentos, tendo sido obtido o mesmo resultado. Inicialmente, em dezembro de 2014 e, novamente, em 5/5/2015. Não foi incluído nenhum filtro, tendo sido utilizado apenas a expressão "justiça contratual". Nesta segunda data foi feita a busca também pela expressão "justiça no contrato", não tendo sido obtido retorno qualitativamente relevante. Explica-se, não obstante o retorno de um acórdão, sobre revisão de cláusulas contratuais, o termo "justiça" referia-se ao nome do tribunal e não, como se pretendia na busca, a um qualificativo para o contrato. No mérito, discutia-se legitimidade ativa para propositura de ação de revisão de cláusulas contratuais.

Nessa perspectiva, o legislador presume a vulnerabilidade de alguns contratantes, tais como o consumidor, o aderente, o locatário e estabelece, a favor desses, normas protetivas e corretivas da disparidade de poderes. No entanto, acredita-se que, para além dessa atuação preventiva do legislador, deva também o juiz intervir diante do desequilíbrio. No entanto, tal atuação deve ser pautada não pela qualificação abstrata dos sujeitos, mas, sim, a partir da verificação de um real desequilíbrio objetivo no contrato.

Isso porque, não obstante a presunção legal de vulnerabilidade de alguns contratantes, deve-se investigar, diante do caso concreto, a eventual disparidade de poder contratual em todas as avenças. A única diferença é que, para as relações ditas paritárias, há uma presunção relativa de igualdade. E, mesmo na eventualidade de igualdade efetiva entre as partes contratantes, essa não deve obstar a busca pelo equilíbrio objetivo dos pactos. A reciprocidade das prestações, o sinalagma contratual, e a equivalência entre elas, não se submetem apenas à vontade das partes contratantes, mas sujeitam-se a um controle de legitimidade. Entretanto, a igualdade efetiva entre as partes indica que mais cautelosa e de menor grau deverá ser a eventual intervenção do magistrado, privilegiando-se, no caso, a liberdade.

Tais considerações prévias passam a ser testadas no resultado obtido a partir da pesquisa jurisprudencial acima indicada, cujo objetivo foi verificar a validade das mesmas como premissas para a sistematização do estudo do princípio do equilíbrio funcional dos contratos. Ressalta-se que serão analisados apenas quatro acórdãos, posto serem suficientes para a extração dos critérios a serem considerados nos perfis subjetivo e objetivo do princípio do equilíbrio funcional dos contratos.

À exceção do caso versando sobre reajuste de prestação de financiamento de imóvel pelo Sistema Financeiro de Habitação, as demais decisões afirmaram a incidência do Código de Defesa do Consumidor sendo que, nas hipóteses de indenização securitária e na de compra e venda de imóvel houve a efetiva qualificação dos sujeitos contratantes.

Já nas decisões sobre contrato de incorporação imobiliária, a incidência do Código de Defesa do Consumidor foi justificada no fato de que tal diploma adota "princípios gerais que realçam a justiça contratual, a equivalência das prestações e o princípio da boa-fé objetiva",[369] não sendo ressaltada a qualificação dos sujeitos que, a rigor, não foram sequer referidos como fornecedores ou consumidores.

[369] Esta justificativa foi apresentada, ao que parece, originalmente pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no REsp. 8.0036, julgado em 12 de fevereiro de 1996 e repetida nas ementas dos acórdãos posteriores (AgRG no REsp. 1.006.765. 3T. Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, julg.: 18/03/2014; REsp. 747.768. 4T. Rel. Min. João Otávio de Noronha, julg: 06/10/2009; REsp 684.831. 3T. Rel. Min. Nancy Andrigui, julg.: 01/03/2005).

De fato, tendo em vista a recorrência da discussão acerca de eventual abusividade nas respectivas cláusulas contratuais de decaimento das prestações pagas em virtude do inadimplemento dos adquirentes, o questionamento preliminar acerca da incidência da lei consumerista teve sua razão de ser, em todos os casos, nos pedidos de aplicação do artigo 53 da referida norma, que dispõe que:

> nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

Entre os julgados sobre incorporação imobiliária, dois casos merecem especial atenção, em virtude da similitude fática e da disparidade de soluções. Em ambos os casos ocorreu o inadimplemento dos adquirentes, de sorte que lhes foram aplicadas as sanções previstas na Lei 4.591, de 1964, visto que, nos termos dos contratos, esta era a lei reguladora das avenças. Nos termos do artigo 63 da referida lei, é lícito estipular no contrato que a falta de pagamento de três prestações, após a devida notificação e a concessão de prazo para a purgação da mora, implique na rescisão do contrato e que pelo débito respondam os direitos à respectiva fração ideal do terreno e à parte construída. Ademais, ainda nos termos da lei, fica autorizada a realização de leilão e do preço nele apurado, a dedução das quantias em débito, bem como das demais despesas em consequência da mora e determinada a devolução do saldo restante, quando houver, ao contratante faltoso.

Em ambos os casos, os bens foram levados à leilão pelos valores dos saldos devedores e não pelos valores reais dos bens e, em segunda praça, adjudicados pelos respectivos condomínios pelos valores das dívidas, inexistindo, portanto, saldo restante a ser devolvido.

No Recurso Especial 747.768, oriundo do Tribunal de Justiça do Paraná, a sentença reconheceu a incidência do Código de Defesa do Consumidor e aplicou o artigo 51, reputando como abusiva a cláusula de perdimento das prestações pagas e determinando sua devolução. O Tribunal reformou a sentença, afastando a incidência do código consumerista, bem como desobrigando a restituição dos valores pagos, sob o argumento de que “se o adquirente estava ciente de que a construção do prédio seria levada a efeito pelo sistema de incorporação imobiliária, não tem ele o direito de reaver as quantias pagas”.

Destaca-se que, em nenhum momento, foi considerado para a decisão – seja na sentença, seja na apelação – o valor que já havia sido pago ou o total da dívida, apenas considerou-se a aplicação mecânica da lei. A sentença reputou abusivo o perdimento de todas

as prestações já pagas (artigos 51, II e 53 do CDC) e o acórdão considerou legítimo tal perdimento em virtude de o condomínio ter observado as normas contidas na Lei 4.591. Já o Superior Tribunal de Justiça, quando instado a se manifestar em sede de recurso especial, se limitou a afirmar a incidência do Código de Defesa do Consumidor, mantendo, no entanto, a decisão do Tribunal em virtude da impossibilidade de reanálise de matéria fático-probatória.

Diversa foi a postura adotada pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 472.533. Diante da mesma situação: inadimplemento do adquirente em contrato de incorporação imobiliária regido pela Lei 4.591 de 1964, em virtude do qual o bem foi levado a leilão e adjudicado pelo condomínio pelo valor da dívida sem devolução, portanto, de saldo para o adquirente, foi determinada a retenção de 15% dos valores pagos e a restituição do restante.

Assim como no caso anterior, não foram ventilados os valores da dívida, do bem, nem das prestações já pagas. Porém, no último caso, foi considerado não razoável o fato de que, após o pagamento de prestações por certo tempo, os bens fossem arrematados pelo valor do saldo devedor, razão pela qual, desviando-se do óbice da súmula 7, determinou-se a restituição de 85% do que havia sido pago a título de prestação.

O ideal seria poder indicar que a primeira ou a segunda decisão foi a mais acertada e fundamentar a posição adotada. Contudo, isso não é possível. Ambas as decisões aludiram à necessidade de observância dos princípios da justiça contratual e da equivalência das prestações. Mas, qual delas concretizou tais valores?

A par da similitude fática e da normativa aplicável, ambas as decisões têm em comum a não avaliação do equilíbrio funcional dos contratos em sua plenitude. O perfil subjetivo do equilíbrio foi, de certa forma, considerado, na medida em que foi atraída a disciplina do diploma consumerista. Entretanto, tal consideração não é suficiente para a verificação do equilíbrio global do pacto, na medida em que a igualdade entre as partes serve como indicador do grau de intervenção do magistrado, mas não a determina.

Com efeito, esses casos evidenciam que o perfil subjetivo do equilíbrio é insuficiente para a verificação do equilíbrio global. No entanto, ele deve ser considerado como parâmetro orientador de eventual intervenção judicial no contrato, que só se justificará quando, efetivamente, existir desequilíbrio no perfil objetivo.

Tal exercício foi realizado no julgamento do Recurso Especial 436.853.[370] Tratava-se de ação civil pública, movida pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, na

[370] STJ, 3T. REsp 436.853. Rel. Min. Nancy Andrigui. Julg.: 04/05/2006. Dj: 27/11/2006.

qual o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela nulidade de cláusula contratual constante de contrato de adesão para a compra e venda de imóvel. A análise desse caso é rica e permite não só a identificação de critérios para a análise dos perfis do princípio do equilíbrio, como é útil para distinguir o âmbito de atuação dos princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio funcional dos contratos, complementando as considerações tecidas no item anterior.

O caso versava sobre promessa de compra e venda padronizada através de contrato de adesão posto à disposição dos consumidores e cuja cláusula reproduzia o teor do parágrafo único do artigo 1.136 do Código Civil de 1916.[371] E a questão central discutida dizia respeito à interpretação da referida cláusula à luz da complexidade do ordenamento.

O dispositivo acima referido e reproduzido no contrato, em seu *caput*, determinava que

> se, na venda de um imóvel, se estipular 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 rescisão do contracto ou abatimento proporcional do preço.

A parte final do dispositivo excepcionava a regra quando, não obstante o imóvel tivesse sido vendido como coisa certa e determinada, as suas dimensões tivessem sido apenas enunciativas. O parágrafo único, complementarmente, estabelecia que "presume-se que a referência às dimensões foi simplesmente enunciativa, quando a diferença encontrada não exceder de 1/20 da extensão total enunciada".

A cláusula contratual geradora da controvérsia, apesar de reproduzir dispositivo legal disciplinador da compra e venda, estabelecia a exoneração de responsabilidade do fornecedor

---

[371] Correspondente ao art. 500 do CC2002: 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.
§ 1º Presume-se que a referência às dimensões foi simplesmente enunciativa, quando a diferença encontrada não exceder de um vigésimo da área total enunciada, ressalvado ao comprador o direito de provar que, em tais circunstâncias, não teria realizado o negócio.
§ 2º Se em vez de falta houver excesso, e o vendedor provar que tinha motivos para ignorar a medida exata da área vendida, caberá ao comprador, à sua escolha, completar o valor correspondente ao preço ou devolver o excesso.
§ 3º Não haverá complemento de área, nem devolução de excesso, se o imóvel for vendido como coisa certa e discriminada, tendo sido apenas enunciativa a referência às suas dimensões, ainda que não conste, de modo expresso, ter sido a venda *ad corpus*.

por eventual indenização, o que, nos termos do artigo 51, inciso I do Código de Defesa do Consumidor,[372] é abusivo, acarretando a sua nulidade, tal como foi reconhecido por maioria.

Da análise do voto vencedor, depreendem-se os seguintes parâmetros utilizados para a interpretação do contrato e aplicação do direito: desigualdade subjetiva (aqui referida como desequilíbrio subjetivo do contrato); historicidade do dispositivo legal permissivo; potencial desequilíbrio objetivo do conjunto contratual.

Inicialmente, por se tratar de contrato de consumo e de adesão, foi reconhecida a desigualdade entre as partes e, consequentemente, o desequilíbrio no perfil subjetivo do contrato. Sobre essa disparidade de forças entre os sujeitos contratantes, a Relatora destacou que o julgador deve buscar a justiça comutativa, analisando a qualidade do consentimento. E, na hipótese de desigualdade entre as partes, tal como ocorre nos contratos de consumo e de adesão, "basta a ameaça de desequilíbrio para ensejar a correção das cláusulas do contrato".

Duas ressalvas devem ser feitas sobre tal posicionamento. A primeira é a de que, indubitavelmente, foi realizado um controle de legitimidade do ato de autonomia. Entretanto, tal controle nos parece mais afeito ao princípio da boa-fé objetiva, na medida em que, independentemente dos reflexos reais no contrato, foi reputado abusivo o exercício da determinação do conteúdo contratual, ou seja, da posição jurídica de superioridade do proponente em contrato de adesão. A segunda ressalva a ser feita diz respeito à afirmação da relatora, acima transcrita. A rigor, a ameaça de desequilíbrio, representada pela desigualdade entre as partes, serve como alerta ao magistrado, mas não justifica intervenção quando este não restar configurado.

Por fim, insta mencionar que, no caso em tela, a cláusula seria combatida pelo controle exercido pelo princípio da boa-fé, independentemente de seus efeitos no sinalagma contratual. Em síntese, entende-se que não se trata propriamente de uma questão atinente ao equilíbrio contratual, mas sim de violação da boa-fé. Não obstante isso, opta-se por continuar a análise da decisão, visto que a mesma traz ainda algumas questões instigantes.

Cumpre destacar que a decisão pela nulidade da cláusula não foi unânime, havendo voto divergente a reconhecer legítima tal cláusula, ao argumento de não poder uma lei ser considerada abusiva. Assim, não levando em consideração a desigualdade subjetiva presente

---

[372] Art. 51, CDC. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

no contrato, nem procedendo ao controle de legitimidade do ato de autonomia, o Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito, citando precedente de sua própria relatoria,[373] postulou pela validade de tal cláusula que, no seu entender, não violaria o Código de Defesa do Consumidor. Aduziu ainda pela impossibilidade de uma previsão legal ser tida como abusiva.

Entretanto, a maioria dos ministros incluiu a historicidade da regra prevista no Código Civil, na qual a cláusula contratual discutida se baseava, nas razões da decisão. Assim, a par do reconhecimento do desequilíbrio no perfil subjetivo do contrato, foi reputada abusiva a pretensão de tornar regra uma exceção legal. Mais do que isso, tornar regra uma exceção legal prevista para uma realidade contratual inteiramente diversa.[374] Identifica-se, também sobre esse ponto, um controle de legitimidade exercido pela boa-fé objetiva e não pelo princípio do equilíbrio funcional dos contratos.

Por fim, e nessa feita atenta ao equilíbrio, a Ministra Relatora destacou ainda que, aplicada a compra e a venda entre incorporadora e diversos consumidores, tendo como objeto imóveis padronizados e contratos igualmente padronizados, a exceção legal implica em potencial desequilíbrio objetivo do conjunto contratual. Ponderou que, ainda que, em tese, pudesse ser considerada tolerável a diferença de até cinco por cento da metragem do imóvel, em uma incorporação de cem unidades, por exemplo, o conjunto contratual resultaria em acréscimo mais do que significativo da rentabilidade da incorporadora em detrimento da coletividade.

Esta ressalva indica que a análise do perfil objetivo do equilíbrio contratual deve ser realizada em face do feixe contratual ao qual as partes estão vinculadas. Entretanto, o efeito externo do contrato é limitado não pelo princípio do equilíbrio funcional dos contratos, mas

---

[373] No precedente referido, julgado em 1999, o Ministro, à época relator, consignou que "o fato é que se estabeleceu um limite de tolerância. E o limite de tolerância legal está estipulado contratualmente. [...]. Isso quer dizer que a diferença prevista na cláusula que se pretende anular não violenta o consumidor, sendo ao revés, a ele favorável. As partes estão, assim, de acordo sobre o limite de tolerância, o que não repercute na disciplina legal do Código de Defesa do Consumidor, que se aponta como violada" (STJ, 3T. REsp 167.352. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes de Direito. Julg.: 07/10/1999, trecho do voto).

[374] Em voto-vista, o Ministro Castro Filho destacou que a cláusula de tolerância só se justificava em uma época na qual grande parte dos contratos de compra e venda tinham por objeto extensas áreas rurais e eram, majoritariamente, paritários, como depreende-se do seguinte trecho do voto: "Ao meu sentir, a inserção dessa cláusula de tolerância no Código Civil de 1916 – hoje reproduzida no artigo 500 e parágrafos do código atual com pequenas alterações – só se justifica levando-se em conta a realidade daquela época, em que grande parte dos negócios de compra e venda de imóvel tinham por objeto extensas áreas rurais, cuja dificuldade de mensuração era notória, o que não se aplica aos dias atuais, em que as medidas dos imóveis são precisas – com inclusão muitas vezes de duas casas decimais após a vírgula – e determinantes para a realização do negócio jurídico, mormente se considerarmos o preço do metro quadrado nas grandes cidades".

pela função social. Novamente, identifica-se uma certa confusão entre os espaços de atuação dos princípios contratuais contemporâneos.

A análise desse julgado evidencia a necessária delimitação do âmbito de incidência dos princípios e, embora não trate especificamente de uma situação afeita ao princípio do equilíbrio funcional dos contratos, contribui para algumas reflexões. A primeira é a de que a conclusão pelo equilíbrio ou desequilíbrio de um contrato só pode ser alcançada, em concreto, levando-se em conta todas as circunstâncias negociais. Além disso, mostra que a análise do perfil subjetivo é instrumental, servindo como parâmetro para a interpretação das cláusulas contratuais e de eventual intervenção judicial no pacto, na hipótese de haver desequilíbrio objetivo.

Ressalta-se que a intervenção judicial deve ser excepcional, sendo justificada apenas quando, de fato, existir desequilíbrio objetivo no contrato. Assim, mesmo diante de um contrato celebrado por partes desiguais, não deverá o juiz intervir se tal disparidade de forças não implicar em falta de equivalência material.

O Recurso Especial 394.671, de relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em novembro de 2002, vai ao encontro dessa hipótese. Tratava-se de controvérsia acerca do reajuste de prestações de financiamento de imóvel pelo Sistema Financeiro de Habitação (SFH), cujo mútuo havia sido firmado sob o regime do Plano de Equivalência Salarial (PES).

O Decreto-Lei 2.164, de 1984, que estabeleceu o PES, disciplinava as regras de financiamento para a aquisição da casa própria, tendo por fim garantir uma previsibilidade mínima acerca do reajuste das prestações do financiamento e, com isso, viabilizar a aquisição do bem em um cenário marcado pela hiperinflação. Nessa perspectiva, em seu artigo 9º, determinava que o reajuste das prestações mensais do financiamento deveria ficar atrelado ao reajuste salarial da categoria profissional do mutuário.

No curso do contrato foi editada a Medida Provisória 434, de 1994, posteriormente convertida na Lei 8.880, de 1994, instituindo a Unidade Real de Valor (URV), expediente preparatório para a implantação do Plano Real, com a consequente alteração da moeda nacional em curso. Nos termos da referida lei ficou determinado que as operações do sistema financeiro de habitação permaneceriam em cruzeiros reais até a emissão da nova moeda, que se daria em 01º de julho de 1994 (art. 16, III, Lei 8.880, de 1994) e que os salários seriam convertidos em URV em 01º de março de 1994 (art. 19, Lei 8.880, de 1994).

A referida lei introduziu ainda permissivo para que os órgãos reguladores, dentro de suas competências, regulamentassem a utilização da URV antes da emissão do Real. Com

base nesse preceito, o Banco Central do Brasil editou a Resolução 2.059, de 1994, disciplinando especificamente o reajuste das prestações dos contratos vinculados ao PES, determinando, em seu artigo 1º, o repasse da variação salarial entre os meses de fevereiro e março para as prestações de financiamento junto ao SFH que fossem vinculados ao PES e que tivessem o mês de março como referência.

Tal situação abarcava o contrato que se discutia, de sorte que o reajuste foi passado para a prestação. Assim, a questão nodal apreciada pelo Poder Judiciário dizia respeito à necessidade de verificar se, em virtude de tais inovações normativas, teria ocorrido ou não, alteração na fórmula inicial do contrato. O mutuário, presumidamente vulnerável, pretendia a revisão contratual, posto entender que o contrato havia se tornado desequilibrado.

Não obstante o desequilíbrio entre as partes contratantes, a análise realizada pelo Superior Tribunal de Justiça se ateve ao perfil objetivo do contrato, com vistas a identificar se as alterações haviam impactado na regra inicial contida no Decreto-Lei 2.164. O entendimento adotado pela corte foi o de que, uma vez convertidos os salários em URV em 01/03/1994, fazia-se necessário que as prestações do financiamento também fossem convertidas, o que foi feito a partir da Resolução 2.059 do Banco Central. Foi realizada uma interpretação teleológica do Decreto-Lei, extraindo-se comando segundo o qual a equivalência salarial deveria se dar sempre que houvesse qualquer alteração salarial, não estando restrito apenas à hipótese de aumento institucional.

Importante destacar que não foi discutida a adequação da cesta de índices utilizada para a conversão, o que, talvez, indicasse outra solução. Mas apenas a manutenção da fórmula inicial do contrato, após as alterações normativas. E, no contexto do que foi discutido, este precedente ilustra o que se afirmou anteriormente: a análise do perfil subjetivo é instrumental, servindo como alerta para o julgador verificar com maior cautela o perfil objetivo do contrato. Eventual equilíbrio entre as partes contratantes não exime o julgador de observar o equilíbrio objetivo do contrato, assim como eventual desigualdade não autoriza sua intervenção, quando inexistir desequilíbrio objetivo.

Para tanto, mostra-se necessário discutir critérios e parâmetros a serem utilizados na própria avaliação judicial do eventual desequilíbrio, com vistas a permitir a apreciação e qualificação de eventual desproporção em legítima ou não. Além disso, uma vez constatado um desequilíbrio objetivo, faz-se necessário, igualmente, estabelecer as possibilidades da atuação judicial, bem como os possíveis efeitos de eventual desequilíbrio.

Isso porque, deve-se preservar o objetivo de segurança e, nessa perspectiva, a busca por critérios e por parâmetros para a aplicação do princípio do equilíbrio funcional dos contratos deve ter como norte os valores socialmente relevantes, quais sejam, aqueles que conformam a moralidade constitucional e que foram, portanto, previstos sob a forma de princípios.

Reside aí a segurança própria dos princípios. Isso porque, não obstante serem normas mais flexíveis, cuja determinação se dará no caso concreto, não cedem espaço para decisionismos ou para escolhas meramente pessoais do julgador. O conteúdo dos princípios está, pois, justamente, nos valores socialmente relevantes, entre os quais figuram a liberdade, a igualdade e a solidariedade, sendo o primeiro, o pressuposto e os dois últimos, os fundamentos do princípio do equilíbrio funcional dos contratos.[375]

3.3. Soluções parciais: instrumentos vocacionados para a concretização do equilíbrio dos contratos

Em um contexto de renovação da teoria contratual,[376] como consequência direta dos impactos da constitucionalização do direito, entendeu-se necessário voltar as atenções para o conteúdo dos contratos, para o seu equilíbrio, não mais deixando algumas situações, ao menos, a cargo exclusivo da interpretação judicial e de leis especiais, mas a partir de normas gerais.

O legislador de 2002 caminhou nesse sentido, introduzindo no sistema figuras específicas vocacionadas para a concretização do equilíbrio. Porém, o fez em observância ao momento patológico, trazendo soluções pontuais para situações específicas de desequilíbrio, seja na gênese do contrato, seja na sua execução. Assim, combate-se o desequilíbrio genético através da lesão e do estado de perigo, por exemplo, e o desequilíbrio superveniente através da onerosidade excessiva.

---

[375] Ver capítulo 5.

[376] A fragmentação da teoria contratual clássica decorreu de dois fatores: i) refutação dos seus alicerces, quais sejam, liberdade em abstrato e igualdade formal e ii) alteração da função do ordenamento, de punitiva-repressiva para promocional. Já a reconstrução da teoria contratual na contemporaneidade decorreu, principalmente, de outros dois fatores, quais sejam, i) redimensionamento e (re)valoração da autonomia e ii) funcionalização do contrato.

A positivação dos referidos institutos não representou propriamente uma inovação, visto que os mesmos já se faziam presentes na realidade jurídica brasileira, seja em leis extravagantes, seja a partir da atuação da doutrina e da jurisprudência. Contudo, sem dúvida, contribuíram para a consolidação da ideia de equilíbrio contratual, ainda que de forma equivocada, como se o mesmo fosse assegurado sempre que combatida uma das situações citadas.

A rigor, na perspectiva codificada, o equilíbrio é usualmente tratado a partir dos mecanismos introduzidos pelo legislador para correção da patologia, o que já evidencia certo descompasso com a função promocional que o Direito assume na contemporaneidade. Melhor seria se tivesse adotado a mesma postura assumida em relação à função social e à boa-fé objetiva, positivados sob a forma de cláusulas gerais, dotadas de conteúdo mandamental e promocional.

Ademais, de todo contraditória seria a afirmação da existência de um princípio do equilíbrio, como se verifica em doutrina e na jurisprudência, e não reconhecer a sua autonomia, ficando o mesmo dependente de institutos e regras positivadas para sua incidência. A rigor, contemporaneamente, qualificar um princípio como autônomo, ou discorrer sobre a autonomia de um princípio é, em si, redundante. Isso porque, ultrapassada a distinção fraca[377] entre princípio e regra, apesar de diferentes posições doutrinárias acerca do conceito e da aplicação de um princípio, reconhece-se sua autonomia e força normativa.

Este último entendimento, embora cristalizado pelo pós-positivismo, parece desconsiderado quando se trata do princípio do equilíbrio, usualmente referido aos institutos positivados apenas. Tal situação já foi percebida por Anderson Schreiber que, de forma assertiva, ponderou que ou o princípio do equilíbrio "tem aplicações que ultrapassem esses institutos regulados pelo legislador ou não é efetivamente um princípio e deve, nesse caso, deixar de ser apresentado como tal".[378]

---

[377] Os autores mais tradicionais que defendiam a distinção fraca entre princípios e regras, partiam do pressuposto de que os princípios seriam normas dotadas de maior grau de abstração e generalidade, dependendo, portando da subjetividade do interprete para sua aplicação, ao passo que as regras teriam pouco ou nenhum grau de abstração, sendo, portanto, aplicadas a partir da técnica da subsunção. Afirma-se que a distinção é fraca porque "os princípios e as regras têm as mesmas propriedades, embora em graus diferentes" (ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios (verbete). In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do Direito*. Rio de Janeiro e São Leopoldo: Renovar e Unisinos, 2009, p. 657-661, p. 658).

[378] SCHREIBER, Anderson. O Princípio do Equilíbrio das Prestações e o Instituto da Lesão. In: Sílvio de Salvo Venosa, Rafael Villar Gagliardi e Paulo Magalhães Nasser. (Orgs.). *10 Anos do Código Civil Desafios e Perspectivas.* 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 138-160, p. 140.

Entende-se que o equilíbrio dos negócios jurídicos em geral e dos contratos em particular é protegido pelos institutos positivados pelo legislador e que, para além desses, há também um princípio do equilíbrio funcional dos contratos, ao qual os três capítulos seguintes serão dedicados. Por hora entende-se pertinente tecer considerações gerais acerca dos institutos introduzidos pelo legislador de 2002, vocacionados para a preservação do equilíbrio dos negócios jurídicos, quais sejam, a lesão, o estado de perigo e a onerosidade excessiva. Importante esclarecer que foge aos limites desta tese proceder a uma análise completa dos institutos referidos, razão pela qual procede-se a uma visitação dos mesmos com o objetivo de identificar a racionalidade e as limitações presentes.[379]

i) Equilíbrio Genético

Com vistas a garantir o equilíbrio na fase formativa do contrato, o legislador estabelece proteção extra ao consentimento que, além de ter que ser emanado por pessoa capaz, nos termos do artigo 104, I do Código Civil, deve ser também livre, ou seja, despido de vícios. Nesse diapasão, o legislador de 2002 introduziu, entre os vícios ou defeitos do negócio jurídico, aptos a fulminar de invalidade um contrato, a lesão e o estado de perigo.

O estado de perigo, enquanto vício consentimento, apto a gerar a invalidade do negócio jurídico, consoante informam Nelson Nery Junior e Rosa Maria Nery,[380] foi previsto tanto no Projeto Coelho Rodrigues, quanto no Projeto de Beviláqua,[381] tendo a norma sido rejeitada pela comissão revisora do Código de 1916. Posteriormente, foi introduzido no

[379] Para uma análise dos referidos institutos ver, por todos: PEREIRA DA SILVA, Caio Mário. *Lesão nos contratos.* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999; MARTINS, Fernando Rodrigues. *Estado de perigo no Código Civil.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Coleção Professor Agostinho Alvim. LOTUFO, Renan (Coord.); SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial dos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1984; CORDEIRO, Eros Berlin de Moura. *Da revisão dos contratos.* Rio de Janeiro: Forense, 2009; POTTER, Nelly. *Revisão e resolução dos contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; SILVA, Luís Renato Ferreira. *Revisão dos contratos*: do código civil ao código de defesa do consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

[380] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 248.

[381] Trata-se do artigo 121 do Projeto de Beviláqua, o qual determinava que: "o contrato feito quando alguma das partes se acha sob ameaça de um perigo iminente de naufrágio ou parada em alto-mar, inundação, incêndio, ou operação cirúrgica, acarretando risco de vida, presume-se nulo por vício da vontade, enquanto não ratificado, depois de passado o perigo, sob cuja eminência foi feito. A mesma presunção de nulidade existe em relação aos contratos celebrados em estado crítico de moléstia aguda e grave".

anteprojeto do Código de Obrigações, de autoria de Caio Mário da Silva Pereira. Além disso, como noticia Ana Luíza Maia Nevares, mesmo ante a ausência de previsão legislativa, o estado de perigo era reconhecido pela jurisprudência.[382]

A lesão é instituto mais antigo, cujas origens remontam a *laesio enormis*, do Direito Romano e, embora tenha pertencido desde épocas remotas à cultura jurídica brasileira,[383] também não foi contemplada pelo Código de 1916, embora tenha sido prevista pelo projeto de Beviláqua.[384,385] Entretanto, a lesão, conforme usualmente indica a doutrina, foi reinserida no ordenamento brasileiro pelo artigo 4º da Lei de Economia Popular (Lei 1.512/51).[386] Mais recentemente, o Código de Defesa do Consumidor, ainda que sem aludir expressamente à lesão, resgata a sua racionalidade, coibindo a desproporção excessiva, sobretudo nos artigos 6º, V,[387] 39, V[388] e 51, IV.[389]

---

[382] A autora cita a Apelação Cível 1995.001.02876, julgada pela Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em 05/12/1995. Cf. NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil*: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 259-304, p. 298.

[383] O instituto da lesão era previsto nas Ordenações Filipinas, assim como constou da Consolidação de Teixeira de Freitas. Neste sentido, Carlos Eduardo Pianovski RUZYK e Frederico Eduardo Zenedin GLITZ afirmam que "O Projeto de Código Civil de Clóvis Beviláqua aboliu o instituto. No entanto, a Comissão revisora aditou o Projeto incorporando a lesão com as características das Ordenações Filipinas. Na votação, no entanto, os dispositivos que regulavam a lesão acabaram suprimidos" (A lesão nos contratos e a nova codificação civil brasileira: uma análise crítica a partir do princípio da justiça contratual. *Revista Trimestral de Direito Civil,* v. 15. Rio de Janeiro: PADMA, jul/set.2003, p. 23).

[384] Sobre o assunto e o contexto histórico em que o instituto terminou vetado, Caio Mário da Silva PEREIRA afirma que: "O ressurgimento do instituto da lesão, no direito pátrio, não se poderia dar abruptamente, reatando as condições da vida moderna com as contingências ambientais do direito filipino. A nossa instituição medrava em franco desprestígio quando a votação do Código Civil lhe desfechou o tiro de piedade. Viesse o legislador e pronunciasse o *surge et ambula* que a fizesse erguer-se do túmulo, e teríamos um organismo anêmico, inadaptado, incapaz de sintonizar a prática da vida econômica, possivelmente muito bem defendido na doutrina pela erudição dos mestres, mas sem ressonância judicial, sem repercussão no pretório, o grande palco, onde a estrutura legislativa se exibe e vai receber a consagração ou a condenação, conforme com ela se afine ou desentoe o anseio coletivo" (*Lesão nos contratos.* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 182-183).

[385] Mário Luiz DELGADO informa que a lesão foi retirada na Câmara, de sorte que o "Projeto Final", fruto de parecer de Sylvio Romero e submetido ao Senado Federal em 1902, não continha mais o instituto (*Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2011, p. 194-195).

[386] Art. 4º, Lei 1.521/51. "Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: [...] b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida. Pena: detenção, de 6 meses a 2 anos, e multa, de cinco mil a vinte mil cruzeiros".

[387]CDC, art. 6º: "São direitos básicos do consumidor: [...] V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas".

O estado de perigo, tal como disciplinado no artigo 156 do Código Civil de 2002, configura-se "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". Já a lesão, nos termos do artigo 157 do mesmo diploma, ocorre "quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta".

Em ambos os institutos se verifica a preocupação do legislador com o valor desarrazoado da obrigação assumida por uma das partes em razão de uma necessidade premente – tanto na lesão quanto no estado de perigo –, ou de inexperiência, exclusivamente na hipótese da lesão. Entretanto, no estado de perigo a necessidade é específica: de salvar-se ou a pessoa de sua família de grave dano, equiparando-se ao estado de necessidade do Direito Penal. Ao passo que, na lesão, a necessidade pode ser de qualquer ordem.

Ademais, o estado de perigo não pressupõe um negócio jurídico bilateral, podendo restar configurado em negócios nos quais unicamente a vítima assuma obrigações, como na doação; remissão de dívida etc.[390] ao passo que a lesão o pressupõe, visto que a desproporção se verifica ante a comparação entre prestação e contraprestação.

Outra importante distinção é a de que no estado de perigo aquele que se beneficia deve conhecer a necessidade premente que toca aquele que se obriga de forma excessivamente onerosa, ou seja, exige-se o dolo de aproveitamento, requisito dispensado na lesão.[391] Ademais, configura também a lesão o estado de inexperiência do contratante que assume prestação desproporcional, enquanto que, para a configuração do estado de perigo, o requisito subjetivo exigido é exclusivamente o da necessidade.

A par das diferenças entre um e outro instituto, ao que parece mais importante ressaltar diz respeito à opção do legislador em incluir rígidos requisitos subjetivos, quando

---

[388] CDC, art. 39: "É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] V – exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva".

[389] CDC, 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 equidade".

[390] Cf.: THEODORO JUNIOR, Humberto. Negócio Jurídico. Existência. Validade. Eficácia. Vícios. Fraude. Lesão. *Revista dos Tribunais,* v. 780, ano 89. São Paulo, out/2000, p. 26.

[391] Neste sentido, Enunciado 150 da III Jornada de Direito Civil dispõe que "a lesão de que trata o artigo 157 do Código Civil não exige dolo de aproveitamento".

poderia ter apenas optado por verificar a desproporção, o desequilíbrio ou, pelo menos, ter indicado maior flexibilidade para o preenchimento dos requisitos subjetivos.

De certa forma, a perspectiva subjetivista é mais facilmente compreensível no estado de perigo, situação excepcional e bem demarcada pelo legislador. Mas, em relação à lesão, melhor seria se tivesse o legislador optado apenas pelo requisito objetivo, pela grave desproporção, apesar da dificuldade em se determinar, aprioristicamente, o que seria um lucro legítimo. Tal dificuldade, inclusive, é sentida no preenchimento do requisito da onerosidade excessiva para fins de configuração do estado de perigo.

As hipóteses mais usuais,[392] nas quais se alega o estado de perigo, são aquelas que envolvem internação hospitalar em caso de emergência. A rigor, o estado de necessidade de salvar-se ou a pessoa da família é facilmente comprovável. Nesses casos, no entanto, a invalidação do negócio é obstada, no mais das vezes, pelo não reconhecimento da onerosidade excessiva, uma vez que o serviço é prestado e o valor cobrado é o de mercado.[393] Nessas hipóteses, no entanto, o que se mostra mais problemático é o critério para a aferição da onerosidade excessiva.

Os julgados consultados, majoritariamente, fazem unicamente referência ao valor de mercado do serviço prestado, quando, na verdade, o instituto não se destina à comparação entre prestação e contraprestação. Não se coloca em discussão a necessidade de adimplemento da contraprestação pelo serviço que foi prestado, mesmo porque, em toda internação emergencial haveria o requisito subjetivo da necessidade daquele que assume a responsabilidade pelos custos. Mas, se o critério utilizado deva se referir ao serviço apenas, ou levar em consideração as condições econômicas daquele que declara vontade, em observância à necessidade de contratação com aquele prestador de serviços especificamente. [394]

---

[392] Em uma pesquisa realizada no banco de decisões do STJ, utilizando como parâmetro a expressão "estado de perigo" e sem a inclusão de qualquer filtro adicional, obteve-se um retorno de 15 acórdãos, dos quais 2 foram desconsiderados por fazerem apenas menção genérica ao estado de perigo, 11 versavam sobre internação hospitalar, 1 versava sobre aquisição de medicamento e 1 discutia a validade de aditivo contratual à seguro de saúde assinado durante procedimento cirúrgico.

[393] Nesse sentido: STJ, 3T. AgRg no AREsp 624.765. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Dje: 23/06/2015; STJ, 4T. AgRg no AREsp 641.259. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJe: 23/06/2015; STJ, 2T. AgRg no AREsp 672.493. Rel. Min. Herman Benjamin. DJe: 22/05/2015; STJ, 4T. AgRg no AREsp 298.187. Rel. Min. Raul Araújo. DJe: 08/04/2015; STJ, 3T. AgRg no AREsp 165.884. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJe: 03/02/2014.

[394] Apesar desse não se afigurar com um problema de equilíbrio contratual propriamente dito, é útil para ilustrar a necessidade de buscar critérios plúrimos e qualitativos, não apenas quantitativos, para a análise do equilíbrio.

Um caso julgado em definitivo pelo Superior Tribunal de Justiça[395] evidencia a insuficiência do critério valor de mercado para fins de identificação da onerosidade excessiva e configuração do estado de perigo. Tratava-se de uma relação contratual de cerca de duas décadas, entre um consumidor e uma operadora de plano de saúde, cujos termos originais em relação aos riscos e procedimentos cobertos foram mantidos, mesmo após o advento de leis e regulamentos específicos. Em setembro de 2003, o consumidor foi submetido a uma determinada intervenção cirúrgica, ocasião em que lhe foi comunicada a necessidade de realizar outros procedimentos não cobertos pelo plano de saúde, o que o levou a assinar um aditivo contratual.

A controvérsia cingia-se em torno da possibilidade de invalidar esse termo aditivo, ao fundamento do estado de perigo. Os requisitos subjetivos, quais sejam, a necessidade de salvar-se e o dolo de aproveitamento, foram reconhecidos de pronto, pairando dúvida em relação à onerosidade excessiva. O aditivo contratual assinado era padrão e o valor cobrado pela cobertura adicional era o de mercado. Entretanto, a Ministra Relatora, diante do caso concreto, ponderou que a onerosidade excessiva poderia resultar não só de cobrança em valor superior ao preço de mercado, como também, da onerosidade da obrigação assumida em face das condições econômicas do consumidor e, ainda, independentemente dos primeiros fatores, se a contratação fosse desnecessária. No caso, a conclusão foi pela configuração da onerosidade, em virtude da desnecessidade da contratação, uma vez que os procedimentos médicos já estariam cobertos pelo plano anterior.

O caso ilustra o fato de que a apreciação do requisito objetivo da onerosidade não pode se ater a uma mera comparação quantitativa com o valor de mercado, embora possa ser esse um dos critérios a serem utilizados. Importa observar toda a circunstância negocial e extrair dessa os fatores relevantes para a aferição de eventual desequilíbrio.

Especificamente em relação à lesão, a opção do legislador de 2002 de incluir um requisito subjetivo para a sua configuração, recebe maiores críticas na doutrina. Nesse sentido, Ruy Rosado Aguiar, comentando o ainda projeto do Código Civil de 2002, elogia a inclusão da lesão e do estado de perigo, afirmando que os mesmos abrem "pequena brecha no princípio *pacta sunt servanda*, atendendo, assim, àquela diretriz de quebra do individualismo". Mas, em relação à lesão, conclui que o projeto dizia menos do que poderia dizer, especialmente após o Código de Defesa do Consumidor, que atribuiu à

> lesão um conceito eminentemente objetivo, que se satisfaz com a quebra da equivalência do contrato em razão de prestações exageradamente desiguais,

[395] STJ, 3T. REsp 918.392. Rel. Min. Nancy Andrigui. DJe: 01/04/2008.

> independentemente das condições pessoais das partes e das circunstâncias do negócio![396]

Cumpre observar que, de fato, o legislador poderia ter flexibilizado o requisito subjetivo, exigindo apenas a demonstração de necessidade e não de uma premente necessidade, ou, ainda, invertido o ônus probatório, na hipótese de grave desproporção. Contudo, não é correto afirmar que o mesmo foi dispensado para as relações consumeristas. Isso porque, em virtude da presunção absoluta de vulnerabilidade do consumidor, tal requisito é implícito e já estaria preenchido.

Independentemente, como destacado por Carlos Eduardo Ruzyk e Frederico Glitz, embora a lesão seja um instrumento de justiça contratual, foi positivada sob a forma de exceção, haja vista as restrições para sua utilização em virtude, sobretudo, dos requisitos subjetivos. Os autores concluem que "as restrições operadas pelo legislador podem ser vistas como indevidas, por limitarem as possibilidades de incidência plena do princípio".[397] Concorda-se que tais restrições podem ser vistas como indevidas. Mas, em vez de representarem limitação à plena incidência do princípio do equilíbrio ou da justiça contratual – sendo essa última terminologia adotada pelos autores – indicam o espaço de normatividade do princípio do equilíbrio funcional dos contratos.

ii) Equilíbrio Superveniente

O equilíbrio dos contratos é complexo e composto por dois aspectos, um genético e outro superveniente. Este último só se evidencia nos contratos de execução continuada ou diferida, visto que, no intervalo temporal entre a sua formação e execução, eles podem vir a sofrer consequências de fatores externos que afetem diretamente o seu equilíbrio.

Por toda a evidência, iníqua e relativamente ineficaz seria a proteção em face de eventual desequilíbrio genético, se nenhum amparo jurídico fosse concedido a um possível desequilíbrio posterior à formação do vínculo e já na fase executiva do acordo. Iníqua porque restaria protegido apenas o conjunto de contratantes que celebrassem acordos de execução

---

[396] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. As obrigações e os contratos. *Revista CEJ*, v. 3, n. 9. Brasília, set/dez. 1999, p.311.

[397] RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A lesão nos contratos e a nova codificação civil brasileira: uma análise crítica a partir do princípio da justiça contratual. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 15. Rio de Janeiro: PADMA, jul/set.2003, p. 21 e 29.

instantânea, não havendo justificativa para o tratamento desigual no caso. Relativamente ineficaz porque, mesmo assegurando o equilíbrio formativo das avenças, permitiria o desequilíbrio posterior.

A preocupação com o equilíbrio superveniente ou com a manutenção da obrigatoriedade de cumprimento do contrato em seus termos originais, apenas se mantidas as circunstâncias presentes quando da contratação, tem origem na antiga cláusula *rebus sic standibus*, desenvolvida durante o Direito Canônico. A teoria entra em declínio no século XVIII, justamente com o apogeu do liberalismo e a exacerbação do princípio *pacta sunt servanda*. No início do século XX, no entanto, a *ratio* subjacente à antiga cláusula é revivida em razão da situação de desequilíbrio econômico e social causados pela Primeira Guerra mundial.[398]

O cenário do pós-guerra impôs a necessidade de reconhecer que fatos imprevisíveis podiam impactar diretamente nos contratos, dificultando demasiadamente sua execução. Assim, os ordenamentos jurídicos, a partir de uma releitura da antiga cláusula *rebus sic standibus*, desenvolveram institutos jurídicos próprios para permitir a revisão e ou resolução dos contratos que se tornassem desequilibrados em virtude da superveniência de fatos externos, usualmente adjetivados como extraordinários e imprevisíveis.[399]

A cláusula *rebus sic stantibus* foi positivada no ordenamento jurídico brasileiro primeiramente no Código de Defesa do Consumidor, no qual se exige tão somente o requisito objetivo, consubstanciado na desproporção entre as prestações em razão de fatos supervenientes[400] e, posteriormente, no Código Civil de 2002, artigos 478 a 480,[401] nos quais

---

[398] Ver Capítulo 1.

[399] As principais teorias contemporâneas são: i) Teoria da Imprevisão, surgida no direito administrativo francês e que exige que a onerosidade excessiva decorra de fatos supervenientes imprevisíveis, extraordinários e de alcance geral, a fim de impor o dever de renegociar; ii) Teoria da Quebra da Base do Negócio, cuja origem remonta ao direito inglês, embora o seu desenvolvimento tenha se dado no direito alemão. A construção alemã teve um percurso próprio, inicialmente com a teoria da pressuposição de Windscheid, centrada no elemento vontade, seguida pela teoria da base subjetiva de Paul Oertmann, igualmente subjetiva e, por fim, pela teoria da base objetiva do negócio, desenvolvida por Karl Larenz e acolhida pela reforma do BGB de 2002. Esta última, embora receba críticas no sentido de ter mantido resquícios de subjetividade, propõe a revisão ou resolução do contrato sempre que a alteração superveniente das circunstâncias destrua a equivalência entre as prestações, de sorte a não mais permitir seja alcançada a finalidade do contrato; e, iii) Teoria da Onerosidade Excessiva superveniente, positivada no Código Civil italiano e que foi quase que integralmente reproduzida no Código Civil de 2002.

[400] Art. 6º, CDC. São direitos básicos do consumidor: [...] V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

o legislador estabeleceu requisitos mais rígidos e previu a possibilidade de resolução do contrato. Por fim, no artigo 317[402] foi também previsto um mecanismo de revisão contratual em decorrência da onerosidade das prestações.

Isso, contudo, não significa que o ordenamento jurídico brasileiro, até então, rechaçasse de forma absoluta a possibilidade de revisão contratual em virtude da onerosidade excessiva provocada por fatos supervenientes à sua celebração. Os tribunais já reconheciam a aplicação da regra, como já referido no Capítulo 1.

A previsão do Código Civil reproduziu quase que integralmente a disciplina insculpida no Código Civil italiano.[403] Dispõe o artigo 478 do Código Civil que

> 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.

Desse dispositivo depreendem-se os requisitos necessários para a configuração da onerosidade excessiva: contrato de execução continuada ou diferida; onerosidade excessiva da prestação; extrema vantagem; e fatos extraordinários e imprevisíveis.

O primeiro requisito encontra explicação na própria racionalidade do instituto: se o objetivo é combater o desequilíbrio superveniente, por certo que o instituto só pode ser

---

[401] Art. 478, CC. 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, CC. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato. Art. 480, CC. 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.

[402] Art. 317, CC. 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.

[403] Artigo 1467, CCI 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'art. 1458 (att. 168).
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 (962, 1623, 1664, 1923).
Artigo 1468, CCI 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.
Artigo1469, CCI Contratto aleatório. Le norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti aleatori per loro natura (1879) o per volontà delle parti (1448, 1472).

invocado em avenças cujos efeitos se protraem no tempo. Isso porque, é essencial que o fator tempo possa incidir na relação contratual "de modo a provocar uma variação substancial entre o sacrifício econômico originalmente comprometido na celebração do contrato e o existente no momento de execução do ajuste".[404]

Os contratos cujos efeitos se protraem no tempo podem ser de execução continuada e de execução diferida e, apesar de ambas as modalidades estarem sujeitas aos efeitos da onerosidade excessiva e abarcadas pela disciplina positivada pelo legislador,[405] releva distingui-las.

Os primeiros, conforme explica Caio Mário da Silva Pereira, os contratos de execução continuada, são aqueles que sobrevivem "com a persistência da obrigação, muito embora ocorram soluções periódicas, até que, pelo implemento de uma condição, ou decurso de um prazo, cessa o próprio contrato".[406] Exemplo clássico desse tipo contratual e colacionado pelo referido autor, é o contrato de locação, em que o pagamento da prestação do aluguel não tem efeito liberatório, nem encerra o contrato.

Já o contrato de execução diferida é "aquele em que a prestação de uma das partes não se dá de um só jato, porém, a termo, não ocorrendo a extinção da obrigação enquanto não se completar a *solutio*".[407] A execução do contrato é instantânea e se exaure em um só ato, porém, em momento futuro ao da celebração do pacto, seja em virtude da própria natureza da obrigação, seja por vontade das partes. Assim, em um ato de compra e venda, pode ser diferida a obrigação do comprador, de pagar o preço acordado em um prazo futuro, bem como a do vendedor de entregar a coisa em momento posterior ao da celebração.

O segundo e o terceiro requisitos, quais sejam, a onerosidade excessiva e a extrema vantagem, são objetivos e, dessa forma devem ser analisados. Assim, a onerosidade ou a extrema vantagem devem ser apreciadas não em função das peculiaridades do contratante, mas, sim, em relação ao contrato estabelecido, à proporcionalidade original entre os ganhos e perdas de cada um. A rigor, devem significar alteração da equação econômica do contrato como consequência de circunstâncias externas alheias à vontade das partes e que causa uma

---

[404] DIAS, Antônio Pedro Medeiros. *Revisão e resolução do contrato por onerosidade excessiva no código civil*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013, p. 48.

[405] POTTER, Nelly. *Revisão e Resolução dos Contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 95-96.

[406] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: contratos. v.3. 17. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 62.

[407] Ibid, p. 62.

exagerada ou excessiva disparidade entre as obrigações pactuadas para apenas uma das partes. Significa dizer que um desequilíbrio ordinário não gera onerosidade excessiva, tendo em vista que todo negócio jurídico pressupõe riscos eventuais que podem implicar maiores ou menores sacrifícios do que os previstos inicialmente.

Assim, a ligação que guardam entre si deve ser compreendida visto que a alteração das circunstâncias afeta a equação econômica do contrato e, por essa razão, resvala em ambos os contratantes. Porém, a interpretação não deve ser literal, já que nem sempre que uma prestação se tornar excessivamente onerosa estará acompanhada de uma extrema vantagem auferida pela outra parte.[408]

Não sem razão, em doutrina critica-se a opção legislativa de exigir, para além da majoração anormal do custo do cumprimento da obrigação pelo devedor, a ocorrência de vantagem extrema para o credor.[409] Considerando, ainda, que, mesmo presente a extrema vantagem para outra parte, a prova desta seria muito difícil, foi aprovado, na IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal, o enunciado de número 365, dispondo que tal extrema vantagem seja interpretada como um elemento acidental, não requerendo sua demonstração cabal para fins de incidência do instituto da onerosidade excessiva.[410]

---

[408] Sob este ponto, elucidativo é o exemplo fornecido por José de Oliveira Ascensão: "Pactua-se a prestação de um transporte. Afinal, a estrada a que as partes implicitamente associaram a vinculação vem a ficar bloqueada por desabamento de terras. O serviço só pode fazer-se por estradas secundárias, com grandes desvios e maiores despesas. Ambas as partes são atingidas nos seus cálculos. O transportador, porque teve em vista um percurso direto e curto; o cliente, porque teve em vista um preço e um tempo, e não os acréscimos a que o desvio obrigaria. Isso mostra não haver necessariamente um prejudicado e outro beneficiado. Existe a alteração anormal da base do negócio, base que é comum; portanto, ambos são atingidos" (ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. *Revista CEJ*, n. 25. Brasília, abr./jun. 2004, p.59-69, p. 62-63).

[409] Neste sentido, Carlos Roberto GONÇALVES aduz: "Em regra, os fatos extraordinários e imprevisíveis tornam inviável a prestação para ambas as partes, sem que disso decorra vantagem a uma delas, como sucede com guerra, revoluções, planos econômicos etc. Portanto, o requisito da 'extrema vantagem' para o outro contraente é, efetivamente, 'inadequado para a caracterização da onerosidade, que existe sempre que o efeito do fato novo pesar demais sobre um, pouco importando que disso decorra ou não vantagem ao outro" (*Direito civil brasileiro:* contratos e atos unilaterais. v.3. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 198). No mesmo sentido, Nelly POTTER afirma: "Com efeito, a extrema vantagem imputa ao devedor o ônus de comprovar, além da excessiva onerosidade em suas obrigações, o que já é por si bem custoso, que a contraparte foi beneficiada de forma excessiva pelo mesmo evento. Em outras palavras, a parte lesada por um acontecimento superveniente imprevisível tem agora o novo e pesado encargo processual de produzir provas sobre os benefícios econômicos auferidos pela outra parte" (*Revisão e resolução dos contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 139).

[410] Enunciado 365, Conselho de Justiça Federal: a extrema vantagem do artigo 478 deve ser interpretada como elemento acidental da alteração de circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena.

O quarto requisito consiste na qualificação do fato superveniente em extraordinário e imprevisível. Tal requisito afastou a disciplina do Código Civil daquela prevista pelo Código de Defesa do Consumidor,[411] no qual se exige apenas o desequilíbrio superveniente, o que gerou críticas na doutrina.[412]

A ideia que subjaz do requisito em comento é a de que se todo negócio tem seus riscos, que são repartidos entre as partes, só há que se falar em resolução ou alteração contratual por onerosidade excessiva se, efetivamente, o fato superveniente superar a oscilação normal da álea contratual. Neste sentido, cita-se o enunciado nº 366 do Conselho de Justiça Federal, que dispõe que "o fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente e pelos riscos próprios da contratação".

Ainda que a imprevisibilidade encerre um requisito subjetivo, deve ser auferida tendo em vista certo padrão, e não a pessoa do contratante. Além disso, esta imprevisibilidade deve dizer respeito a algo extraordinário, visto que o ordinário é previsível.[413] Ampliando o

---

411 "A norma do art. 6º 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 de seu equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência entre prestações, o desaparecimento do fim essencial do contrato. Em outras palavras, o elemento autorizador da ação modificadora do Judiciário é o resultado objetivo da engenharia contratual, que agora apresenta a mencionada onerosidade excessiva para o consumidor, resultado de simples fato superveniente, fato que não necessita ser extraordinário, irresistível, fato que podia ser previsto e não foi. O CDC, também, não exige, para promover a revisão, que haja 'extrema vantagem para a outra' parte contratual, como faz o Código Civil (art. 478) " (BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 58).

412 Ruy Rosado Aguiar Júnior assevera que "Nesse ponto, a reforma veio introduzir uma inovação que se fazia sentir, mas disse menos do que poderia ter dito. Afastou-se da teoria da alteração da base objetiva do negócio, que melhor satisfaz a exigência de justiça contratual, pois permite a intervenção judicial ainda quando inexistente a imprevisibilidade e a vantagem excessiva para o credor, e está fundada no exame das condições concretas do negócio, o que exclui o perigo de um julgamento fundado apenas em considerações de ordem subjetiva" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. As obrigações e os contratos. *Revista CEJ*, v. 3, n. 9. Brasília, set./dez. 1999, p.310-312.).
No mesmo sentido posiciona-se Álvaro Villaça Azevedo: "Basta, para mim, aplicar a regra de Justiniano, analogicamente, ante o desequilíbrio contratual, para que ocorra a resolução do contrato, independentemente de ser causada por fato imprevisto ou imprevisível. O direito não suporta o enriquecimento sem causa, seja por que motivo for. [...]. Reitero, nesse passo, meu posicionamento doutrinário de que basta o desequilíbrio econômico do contrato, para que possa ele ser modificado ou resolvido, em razão da simples ocorrência da onerosidade excessiva" (AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis)*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *Direito e o tempo:* embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 11-35, p. 27-28).

413 "Necessário que as partes, no momento em que celebram o contrato, não possam prever alteração decorrente de evento extraordinário. Requer-se o concurso de extraordinariedade e da imprevisibilidade. Não basta que o acontecimento seja extraordinário, porque, se suscetível de previsão, descabe a rescisão. Não basta que seja

requisito, o enunciado 175 do Conselho de Justiça Federal propõe que a imprevisibilidade e a extraordinariedade sejam interpretadas "não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz".

A natureza comutativa do contrato que se pretende resolver ou revisar em virtude da onerosidade excessiva provocada por fatos supervenientes e extraordinários não foi apresentada como requisito, embora muitos doutrinadores o façam, tendo em vista que o legislador brasileiro não o incluiu expressamente, assim como não o vedou.

Como já referido, a disciplina da onerosidade excessiva no Código Civil de 2002 foi inspirada no modelo italiano, no qual é expressamente vedada a aplicação da teoria aos contratos aleatórios. Embora o legislador brasileiro tenha reproduzido todos os dispositivos do Código Civil italiano, a regra sobre os contratos aleatórios não foi reproduzida. A partir dessa omissão, surge a divergência acerca da incidência ou não sobre contratos aleatórios.

Os autores mais tradicionais usualmente defendem a não incidência da teoria aos contratos aleatórios, chegando a justificar a omissão como um cochilo do legislador.[414] Entretanto, o enunciado normativo expressamente dispõe que o instituto incide sobre os contratos de execução continuada ou diferida, sendo certo que tanto os contratos comutativos, quanto os aleatórios podem ter seus efeitos produzidos em momento posterior ao da celebração. Além disso, os contratos aleatórios, assim como os comutativos, devem ser equilibrados. A diferença está na forma de verificação de tal equilíbrio.[415]

Nessa perspectiva, contemporaneamente, verifica-se a tendência de aceitar a aplicação do instituto da onerosidade excessiva aos contratos aleatórios, sempre que o fato imprevisível ultrapassar os limites da álea característica do contrato. A proposta mais atual consiste, sinteticamente, em reconhecer que todo contrato, inclusive o comutativo, possui uma álea ordinária relativa aos possíveis acontecimentos futuros. Já os contratos aleatórios, para além da álea ordinária, possuem uma álea especial, própria e qualificadora do contrato. O aleatório, portanto, nasce com duas áleas, uma normal a todo contrato e outra inerente à sua espécie.

---

imprevisível, porque, sendo normal, pouco importa que as partes não o tenham previsto" (GOMES, Orlando. *Contratos.* 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.179).

414 "Incompreensivelmente deixou de indicar o Código a exclusão específica dos contratos aleatórios. A omissão, porém, deve atribuir-se a cochilo do legislador e não à deliberada intencionalidade de considera-los suscetíveis de obter amparo da lei. [...]. Talvez seja imaginável que o legislador considerou desnecessário deixar constância do que considera óbvio; isto é, aquele que celebra um contrato aleatório sabe, ou deve saber, que nesse tipo de negócios pode se originar certo desequilíbrio entre as prestações" (DIAZ, Júlio Alberto. Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Privado*, n. 20, ano 05. São Paulo, out-dez. 2004, p. 204).

415 Ver Capítulo 4.

De fato, não há que se falar em equilíbrio na álea específica. Inexiste conhecimento prévio acerca dos ganhos e perdas, sendo esta característica essencial do contrato aleatório. Contudo, se o fato superveniente se referir ao campo do extraordinário, do anormal, indo além da álea ordinária e da álea específica, é possível a aplicação da teoria, visto que no contrato aleatório o risco assumido diz respeito a uma determinada álea e não a todas.[416]

Esse entendimento restou consignado no Enunciado 440, aprovado na V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal: "É possível a revisão ou resolução por excessiva onerosidade em contratos aleatórios, desde que o evento superveniente, extraordinário e imprevisível não se relacione com a álea assumida no contrato". Por tal razão, defende-se que, mesmo nos contratos aleatórios deve-se aplicar onerosidade excessiva na álea anormal".[417] Certamente, a revisão de um contrato aleatório por onerosidade excessiva é excepcional, mas possível, desde que preenchidos os requisitos exigidos em atenção e respeito à natureza do contrato.[418] Além disso, aos contratos aleatórios incide o princípio do equilíbrio funcional dos contratos.

Previu também o legislador, através do artigo 317, a possibilidade de revisão das prestações em decorrência da onerosidade excessiva provocada por fatores supervenientes. Nesse dispositivo, a comparação que é feita é entre prestações em diferentes instantes do tempo, e não entre prestação e contraprestação. O dispositivo, originalmente desenvolvido para a correção monetária, acabou por permitir a revisão contratual por onerosidade excessiva. Porém, enquanto este privilegia a simples desproporção, a norma do artigo 478

---

[416] "[...] há que se distinguir os eventos aleatórios daqueles outros eventos que podem incidir sobre o equilíbrio do contrato. Os contratantes, ao celebrarem contrato aleatório, assumem o risco de se verificarem os eventos aleatórios. Os demais eventos, por outro lado, se verificados, têm o condão de alterar o equilíbrio do negócio aleatório tal como ocorre nos contratos comutativos" (BANDEIRA, Paulo Greco. *Contratos aleatórios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p138).

[417] "É verdade que, se o contrato é aleatório, a parte aceitou o risco. Mas a alteração das circunstâncias pode ser relevante mesmo no domínio dos contratos aleatórios, porque o que estiver para lá do risco tipicamente implicado no contrato pode ser atingido. Assim, quem joga na Bolsa está sujeito aos riscos da oscilação das cotações. Mas o encerramento das Bolsas é uma ocorrência extraordinária, que deve levar à revisão ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias" (ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. *Revista CEJ*, n. 25. Brasília, abr./jun. 2004, p.59-69, p. 62).

[418] Nesse sentido, Ricardo Fiuza pondera: "O que se deve ter em mente é que, quando se afirma que os contratos aleatórios não reservam lugar à cláusula rebus sic stantibus, o que se quer dizer é que não se pode reconhecer direito àquele que assumiu certo risco de, exatamente com base nesse risco assumido, invocar as benesses da revisão do contrato. [...]. Mesmo assim, dependendo das circunstâncias, será possível, por princípio de equidade, a aplicação da norma contida na cláusula revisionista, se as consequências do risco assumido ultrapassarem os lindes do razoavelmente aceitável, conduzindo a relação contratual a desequilíbrio insensato e injusto" (FIUZA, Ricardo. Aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* aos contratos aleatórios. *Revista de Informação Legislativa*, ano 36 n. 144. Brasília, out/dez. 1999).

enfatiza a causa da desproporção. Ademais, enquanto o artigo 317 traz como efeito da onerosidade a revisão contratual, o artigo 478 indica a resolução.

A par dessas primeiras diferenças, é de se questionar de que forma as referidas previsões normativas podem ser compatibilizadas, seja através da identificação de um espaço único de incidência para cada uma delas ou da possibilidade de aplicação conjunta dos dispositivos. Em que pese posicionamentos divergentes na doutrina,[419] entende-se que a norma do artigo 317 incide sobre toda e qualquer obrigação, razão pela qual deve ser harmonizada com a regra do artigo 478.[420]

E, uma vez reconhecida a relação de complementariedade entre as normas referidas, é forçoso reconhecer que, em relação aos efeitos do reconhecimento da onerosidade excessiva superveniente, o ordenamento jurídico brasileiro adotou um regime misto,[421] autorizando tanto a revisão, quanto a resolução do contrato que tenha se tornado desequilibrado em virtude da superveniência de fatores extraordinários.

Afirmar que um ordenamento jurídico adota o regime misto quanto aos efeitos do reconhecimento da onerosidade excessiva superveniente significa dizer que aceita tanto a revisão, quanto a resolução como instrumentos úteis ao enfrentamento das situações contempladas. Ambos os efeitos relativizam, excepcionalmente, a força obrigatória dos pactos. Entretanto, enquanto a resolução leva à extinção da relação, a revisão preserva o contrato, tanto quanto possível, apenas reequilibrando a sua fórmula econômica original.

Ricardo Pereira Lira explica que os ordenamentos que adotam tal regime misto seguem, de uma forma geral, uma entre três opções: i) facultam ao devedor requerer a modificação judicial, reservando ao credor a preferência pela resolução; ii) facultam ao devedor pleitear a resolução, reservando ao credor a possibilidade de propor a conservação do

---

[419] Nesse sentido, Ricardo Pereira Lira afirma que "a hipótese regulada no artigo 317 é claramente estranha ao universo contratual, relacionando-se com prestações alimentícias ou de cunho indenizatório, onde predominam as chamadas dívidas de valor [...]. A leitura do artigo 317, em conjunto com os preceitos que com ele formam um dos sistemas do Código, desvenda a sua missão primordial, qual seja: a de excepcionar o princípio do nominalismo" (LIRA, Ricardo Pereira. A onerosidade excessiva no Código Civil e a impossibilidade de modificação judicial dos contratos comutativos sem anuência do credor. 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. 425-456, p. 451).

[420] Essa questão será retomada em mais detalhes no Capítulo 6.

[421] TEPEDINO, Gustavo, SCHREIBER, Anderson. AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código civil comentado:* direito das obrigações (arts. 233 a 420). v. 4. São Paulo: Atlas, 2008, p. 219; TABET, Gabriela. Obrigações pecuniárias e revisão obrigacional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações:* estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 333-367, p. 342.

contrato por meio da modificação; e iii) facultam ao devedor pleitear a revisão, com a possibilidade de recusa do credor, quando deverá prevalecer a resolução.[422]

O legislador de 2002, em relação aos contratos bilaterais, adotou o segundo modelo acima referido: previu a possibilidade de o devedor pedir a resolução do contrato (artigo 478), a qual pode ser evitada se o credor propuser a sua modificação (artigo 479). Já em relação aos contratos unilaterais, adotou parcialmente o primeiro modelo, na medida em que faculta ao devedor pleitear a revisão, mas não prevê a possibilidade de recusa pelo credor.

A fim de verificar de que forma o instituto da onerosidade excessiva está sendo aplicado, realizou-se uma pesquisa no banco de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), utilizando como termo de busca a expressão "onerosidade excessiva" e como filtro legislação, indicou-se o Código Civil de 2002, em virtude de a tese ter por objeto contratos paritários. Não foi estabelecido nenhum limite temporal. A pesquisa obteve um retorno de 47 acórdãos, sendo um acórdão em recurso repetitivo.[423] Todos os acórdãos foram analisados, com o objetivo de identificar: a) qual é o efeito atribuído pelo Tribunal – revisão ou resolução; b) se o efeito atribuído respeitou estritamente a normativa dos artigos 478 a 480 do Código Civil; e c) nos casos de improcedência, que requisito não havia sido preenchido.

Após uma análise preliminar de todos os acórdãos, verificou-se que, não obstante o filtro utilizado, retornaram acórdãos envolvendo relações de consumo. Isso se explica pelo fato de que, via de regra, o artigo 478 do Código Civil é utilizado em conjunto com o artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, de sorte que, mesmo para as relações de consumo, acaba-se por exigir a presença dos requisitos trazidos pela legislação civil.

Dos quarenta e seis acórdãos, apenas quatorze tratavam efetivamente de situações de desequilíbrio superveniente. Os demais versavam sobre capitalização de juros, vícios do consentimento e, em alguns, verificou-se menção genérica à onerosidade excessiva. Em virtude da impertinência temática, esses últimos foram desconsiderados, de modo que os

---

[422] LIRA, Ricardo Pereira. A onerosidade excessiva no Código Civil e a impossibilidade de modificação judicial dos contratos comutativos sem anuência do credor. 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. 425-456, p. 430.

[423] AgRg no AREsp 602.087; AgRg no REsp 1.491.278; REsp 1.086.969; AgRg no AREsp 544.154; AgRg no AREsp 559.866; AgRg no REsp 1.428.230; AgRg no AREsp 559.077; REsp 1.321.614; AgRg no AREsp 58.129; REsp 1.417.531; REsp 1.086.969; REsp 866.414; AgRg no AREsp 203.749; REsp 866.414; REsp 1.344.678; REsp 1.288.033; REsp 1.278.247; REsp 1.232.798; AgRg no AREsp 90.106; REsp 945.166; REsp 1.165.587; REsp 936.741; REsp 753.159; REsp 1.117.137; REsp 858.785; EDcl no Ag 1.125.242; REsp 977.007; REsp 1.087.783; AgRg no Ag 1.057.461; AgRg no REsp 838.127; REsp 849.690; AgRg no REsp 1.046.014; REsp 1.061.530; EDcl no REsp 883.990; REsp 918.392; REsp 866.414; REsp 857.548; REsp 803.481; REsp. 783.404; REsp 769.418; REsp 783.520; REsp 627.424; REsp 831.808; AgRg no REsp 764.241; REsp 680.237; REsp 573.059 e REsp 302.520.

comentários a seguir dizem respeito exclusivamente aos quatorze acórdãos sobre onerosidade excessiva por fatos supervenientes à contratação.[424]

A questão central discutida na maioria dos casos enfrentados pelos referidos acórdãos versava sobre compra e venda de safra futura (onze, do total), havendo um caso sobre compra e venda de equipamentos médicos e dois casos sobre empreitada, sendo um contrato entre particulares e um relação de consumo. Ainda em relação ao conjunto dos quatorze acórdãos, haviam oito pedidos de resolução e seis pedidos de revisão. Entre os oito casos em que se pedia a resolução, sete foram acolhidos pelos tribunais de origem e desses apenas duas decisões não foram reformadas pelo STJ. Todos os pedidos de revisão foram julgados improcedentes.

Extrai-se dos julgados o entendimento de que, uma vez firmado o contrato, considera-se que a parte expressamente concordou com os seus termos, e, sendo assim, a revisão ou resolução contratual apenas seria possível em situações excepcionais, nos casos previstos no próprio contrato ou diante da estrita caracterização de uma das hipóteses legais, tais como vício de consentimento ou de onerosidade excessiva superveniente à adesão ao contrato capaz de impedir o seu cumprimento.

Ficou constatado que, independentemente da onerosidade, a qual muitas vezes não chega a ser analisada, a maior dificuldade para aplicação do instituto da onerosidade excessiva é o preenchimento dos requisitos da extraordinariedade e da imprevisibilidade[425] do fato superveniente. Ainda que se ressalve a similitude fática da maioria dos casos julgados – compra e venda de safra futura de soja – para os quais a Corte firmou posicionamento, o requisito da imprevisibilidade dificulta a aplicação do regime de onerosidade excessiva superveniente mesmo nas hipóteses de relação de consumo, a despeito de tal requisito não constar do inciso V do artigo 6º da Lei. 8.078/90 (CDC).

Em relação aos efeitos atribuídos, quando do preenchimento dos requisitos para a incidência do instituto, observou-se que o julgador se orienta pelo que havia sido pedido pelo autor que, em todos os casos analisados, era o devedor. Por fim, em relação à normativa utilizada na fundamentação das decisões, observou-se que, majoritariamente, recorre-se ao

---

[424] REsp 1.321.614; REsp 866.414; AgRg no AREsp 90.106; REsp 945.166; REsp 936.741; REsp 858.785; EDcl no Ag 1.125.242; REsp. 977.007; REsp. 866.414; REsp. 803.481; REsp. 783.404; REsp 783.520; REsp 831.808; REsp 302.520.

[425] Foram julgados improcedentes por falta de imprevisibilidade: REsp 1.321.614; REsp 866.414; AgRg no AREsp 90.106; REsp 945.166; REsp 93.674; REsp 858.785; EDcl no Ag 1.125.242; REsp 977.007; REsp 803.481; REsp 783.404; REsp 783.520; REsp 831.808.

artigo 478 do Código Civil.[426] Em apenas dois acórdãos verificou-se a aplicação conjunta dos artigos 317 e 478. Contudo, mesmo sem aludir ao artigo 317, em um acórdão de relatoria da Ministra Nancy Andrigui, mesmo negando a incidência do instituto da onerosidade excessiva, foi afirmado ser possível atribuir o efeito da revisão, uma vez reconhecida a onerosidade excessiva, em privilégio ao princípio da conservação dos negócios jurídicos.[427]

3.4. Insuficiência dos institutos positivados

Em 19 de abril de 1988, foi realizada uma promessa de compra e venda de imóvel luxuoso situado na cidade do Rio de Janeiro. Figuraram como promitentes-vendedores, um casal de empresários brasileiros e, como promitente-comprador, um italiano que pretendia radicar-se no Brasil. A promessa de compra e venda fixou um preço final para a aquisição do imóvel de, aproximadamente, ¼ do valor do bem, conforme atestado pela perícia judicial.

Um mês antes, no dia 7 de março de 1988, as mesmas partes, em posições contratuais análogas à do negócio acima descrito, celebraram promessa de cessão de direitos aquisitivos de uma ilha, também na cidade do Rio de Janeiro, pelo preço de Cz$109.900.000,00, dos quais os promitentes-cedentes receberam, no ato, Cz$300.000,00.

Três dias após a conclusão do segundo negócio – promessa de compra e venda de imóvel – e antes da realização dos respectivos contratos definitivos, o promitente-adquirente cometeu suicídio. Por ocasião deste fato, a autoridade policial responsável pelo inquérito referente à morte designou o casal de brasileiros como depositários dos bens. Em maio de 1991, o espólio, representado por legatário nomeado em testamento na Itália, promoveu a reintegração de posse do imóvel. Tal ação foi julgada procedente em maio de 1992, quando,

---

[426] Usualmente, o artigo 478 é evocado em conjunto com os artigos 421, 422 e 157, referentes aos princípios da função social e da boa-fé objetiva e ao instituto da lesão.

[427] Ementa: [...] " Não obstante a literalidade do art. 478 do CC/02 - que indica apenas a possibilidade de rescisão contratual - é possível reconhecer **onerosidade excessiva** também para revisar a avença, como determina o CDC, desde que respeitados, obviamente, os requisitos específicos estipulados na Lei civil. Há que se dar valor ao princípio da conservação dos negócios jurídicos que foi expressamente adotado em diversos outros dispositivos do CC/02, como no parágrafo único do art. 157 e no art. 170. (STJ, 3T. REsp 977.007. Rel. Min. Nancy Andrigui. DJe: 02/12/2009).

sem discutir a validade das respectivas promessas, a sentença afastou a legitimidade da nomeação do casal de brasileiros como depositários e os considerou esbulhadores.

Pouco antes da sentença na ação possessória, mas já no curso desta, em abril de 1992, o casal de brasileiros ajuizou ação anulatória da promessa de compra e venda do imóvel em face do legatário, sob o argumento de que o falecido "havia incidido em erro substancial quanto ao preço". Aduziram que o falecido precisava comprovar residência no Brasil para obter o visto de permanência e, como o falecido não dispunha, no Brasil, dos recursos necessários para a lavratura das escrituras definitivas do imóvel e dos direitos aquisitivos sobre a ilha, foram celebrados os contratos preliminares.

Em contestação, foi alegada, preliminarmente, a incompetência do juízo, haja vista a precedente ação de adjudicação compulsória do imóvel promovida pelo Espólio, bem como a ilegitimidade passiva do legatário. No mérito arguiram tratar-se de lide temerária. Fato seguinte, o juízo determinou a inclusão do Espólio no polo passivo. No mérito, não obstante o reconhecimento da grande desproporção no preço do imóvel, foi julgada procedente a adjudicação compulsória e improcedente a anulatória, tendo em vista a não caracterização do erro[428] ou do preço vil.[429] O casal de brasileiros apelou.

Importante destacar que as partes contratantes mantinham relação de amizade, conforme prova testemunhal e, que os recursos necessários para à pactuação definitiva encontravam-se depositados em Bancos na Suíça e na Itália, os quais foram visitados pelas partes 15 dias antes do óbito, a fim de que providenciassem a documentação referente às respectivas transferências de valores. Destaca-se, também, que o legatário requereu apenas a adjudicação compulsória do imóvel, desistindo da contratação definitiva dos direitos aquisitivos sobre a ilha. Inclusive, esse foi um fato destacado pelos brasileiros, como agravante do desequilíbrio dos negócios.

---

[428] "Entendeu o juiz que, dadas as condições das partes (os autores são pessoas experientes e haviam outorgado ao mesmo promitente-comprador promessa de cessão dos direitos aquisitivos de ilha, 'Matilde', na região, denominada 'da fantasia', destinada a local para encontros amorosos), o que não lhes permite invocar erro" (trecho da fundamentação da sentença, transcrito no acórdão da Apelação Cível. TJRJ, 7 CC. AC 10.181. Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes. J.: 31/01/2001).

[429] "O segundo fundamento da pretensão constitui na venda por preço vil. Aqui também entendo que os Autores não têm razão. É fato que a prova pericial avaliou o imóvel objeto da promessa de compra e venda ao tempo da transação em preço cerca de três vezes superior ao constante do contrato. [...] não é possível acolher a tese do preço vil, e desfazer a transação. Primeiro, porque aceita a tese apenas nos casos de arrematação, nos termos do artigo 692, do C. P. Civil. Segundo, porque ao reconhecerem na inicial (fls. 3) que se o promitente comprador não houvesse falecido o negócio teria sido adimplido regularmente, em verdade os Autores admitem que não houve equívoco na fixação do preço, e que nada mais pretendem do que se aproveitar da situação, alterada a partir do óbito daquele" (trecho da fundamentação da sentença, transcrito no acórdão da Apelação Cível. TJRJ, 7 CC. AC 10.181. Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes. J.: 31/01/2001).

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao julgar a apelação interposta pelo casal de brasileiros, reformou a sentença, sob o fundamento de que a flagrante desproporção entre o preço e o valor da promessa configuraria lesão enorme.[430] Observe que o magistrado havia entendido que o preço aquém de 1/3 do valor real do bem não indicava erro nem representava preço vil, argumentando ser prática frequente a celebração de escritura por preços inferiores ao real, como fuga de despesas tributárias. A Câmara, diversamente, concluiu que, ainda que houvesse a simulação do preço com o propósito da evasão fiscal, não seria decisivo para afastar o grau de desproporção e configurar a lesão enorme, sobretudo porque o preço do imóvel havia sido pago quando da lavra da escritura.

Ante a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o legatário interpôs recurso especial,[431] o qual não foi conhecido, restando inalterada a decisão do tribunal de origem, que havia invalidado o negócio jurídico por lesão enorme. Essas decisões foram baseadas em uma hermenêutica construtiva, a partir da identificação de certa repulsa do ordenamento brasileiro a contratos flagrantemente desequilibrados.

O contrato, objeto da controvérsia, havia sido celebrado sob a égide do Código Civil de 1916, o qual silenciou a respeito da lesão e, também, sob a vigência de normativas especiais que acolhiam o instituto para situações especificamente previstas, em especial a Lei 1.521, de 1951, que dispõe sobre os crimes contra a economia popular.

O Código Civil de 1916, não tendo expressamente previsto a lesão como um dos defeitos do negócio jurídico, a princípio, não trazia base legal específica para fundamentar eventual invalidação por lesão. Por outro lado, no âmbito do Direito Penal, a Lei 1.521 de 1951, em seu artigo 4º, b, tipificou como crime contra a economia popular, a usura pecuniária ou real.[432] Essa previsão permitiu que parte da doutrina civilista construísse a tese de que a lesão invalidaria o contrato, não obstante a falta de previsão no Código Civil. Explica-se: sendo a prática da usura considerada crime, o ato ou negócio jurídico que instrumentalizasse tal prática não poderia ser válido. A rigor, tal interpretação encontrava certo amparo no parágrafo 3º do mesmo dispositivo que, ao disciplinar os efeitos civis do crime de usura, determinava a nulidade da estipulação de juros ou lucros usurários, atribuindo ao juiz o dever

[430] TJRJ, 7 CC. AC 10.181. Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes. J.: 31/01/2001.

[431] STJ, 4T. REsp 434.687. Rel. Min. Fernando Gonçalves, j.: 16/09/2004.

[432] Art. 4º, Lei 1.521. b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

de “ajustá-los à medida legal, ou, caso já tenha sido cumprido, ordenar a restituição da quantia paga em excesso, com os juros legais a contar da data do pagamento indevido.[433]

Conforme salienta Luís Renato Ferreira da Silva, tais previsões permitiram que parte da doutrina, seguida, ainda que não unanimemente, pela jurisprudência, concluísse que a lesão havia se reincorporado ao ordenamento brasileiro como causa de nulidade, por ilicitude do seu objeto,[434] posto que “se o ato é considerado crime, evidentemente que o seu objeto é ilícito [...] e a lei civil, por sua vez, considera nulo todo ato que possua objeto ilícito”.[435] Esta foi a tese acolhida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e pelo Superior Tribunal de Justiça no caso em comento.

A tese acima descrita representa o esforço de parcela da doutrina e da jurisprudência na busca por soluções, por assim dizer, mais justas. Entretanto, apesar de louvável em seu objetivo, apresenta algumas insuficiências, além de não ter sido acolhida plenamente.

Nos termos da Lei 1.521 de 1951, a configuração do crime de usura e, por via de conseqüência, da lesão, requer o dolo de aproveitamento, consistente no abuso de premente necessidade, inexperiência ou leviandade da vítima (requisito subjetivo) e uma desproporção de pelo menos 1/5 entre as prestações (requisito objetivo). Observe-se que, se aplicada em sua literalidade, a previsão legal não permitiria a configuração do crime de usura no caso da promessa de compra e venda descrito no início desta seção. E, sendo esta a premissa para a invalidação do negócio ao fundamento da ilicitude do objeto, não poderia o mesmo ter sido nulificado. Isso já demonstra a insuficiência da Lei 1.521 de 1951 para tutelar o equilíbrio dos contratos civis, mesmo porque, frise-se, esse não é o objetivo da lei.

Ademais, a jurisprudência divergiu sobre o acolhimento da tese. A saber, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 8.2971 em 1976, expressamente afirmou que a lesão não mais era a causa de invalidação dos contratos, haja vista a sua não previsão no Código Civil de 1916. O Ministro Cunha Peixoto, em seu voto, destacou que “tratando-se das nulidades dos contratos e não incluindo a lesão, o Código, ipso facto, a excluiu [...] a rescisão por lesão é inadmissível, porque, embora a lei tivesse tratado de todos

[433] Esta previsão foi revogada pela Medida Provisória 2.172-32, de 2001.

[434] Com base no artigo 145, II do CC 1916: “Art. 145. É nulo o ato jurídico: II. Quando for ilícito, ou impossível, o seu objeto”.

[435] SILVA, Luís Renato Ferreira. *Revisão dos contratos:* do código civil ao código de defesa do consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 87.

os vícios de consentimento, não a incluiu entre os defeitos do negócio jurídico".[436] Posteriormente, em 1979, no julgamento do Recurso Extraordinário 91.820, de relatoria do Ministro Rafael Mayer, foi anulada uma compra e venda praticada sob usura real, ao fundamento da ilicitude do objeto.[437]

Apesar das divergências e insuficiências acima apontadas, fato é que a doutrina havia trilhado um caminho possível para solucionar situações de flagrante desequilíbrio contratual. Porém, uma vez previsto o instituto da lesão no Código Civil de 2002, que exige a presença do requisito subjetivo, consubstanciado na inexperiência ou premente necessidade, há de se questionar se a promessa de compra e venda entre o casal de brasileiros e o italiano tivesse sido realizada sob a vigência do Código atual, seria possível a sua invalidação, ou, algum tipo de revisão a fim de estabelecer o equilíbrio.

Ao que tudo indica, a resposta seria negativa. O casal de brasileiros, em observância ao que consta dos autos, não lograria êxito em preencher o requisito subjetivo, não obstante a grave desproporção, maculando a comutatividade do contrato. Ademais, nos próprios termos da Lei 1521, não restaria configurado o crime de usura e, uma vez revogada a previsão dessa última lei que disciplinava os efeitos civis do crime de usura, mais difícil seria sustentar a tese da ilicitude do objeto, sob tal fundamento.

Por outro lado, ainda que o negócio jurídico não tivesse sido considerado isoladamente, mas inserido no feixe contratual estabelecido entre as partes, vale dizer, em conjunto com a promessa de cessão dos direitos aquisitivos sobre a ilha – o que ao nosso ver seria o mais correto – e, nessa perspectiva, fosse considerado um contrato de execução diferida a atrair a disciplina da onerosidade excessiva, haveria de ser discutido se a morte de uma das partes em obrigação patrimonial poderia ser considerada fator imprevisível e extraordinário, apto a desequilibrar a avença.

Assim, com base nos institutos vocacionados à preservação do equilíbrio, dificilmente tal pacto sofreria algum tipo de intervenção judicial com esse fim. Isso porque, os instrumentos protetivos do equilíbrio contratual são insuficientes para o atendimento pleno do princípio do equilíbrio econômico dos contratos, derivado do princípio da justiça contratual que, por sua vez, está nucleado na ideia de justiça comutativa. Essa última implica trocas equivalentes, ou seja, distribuição proporcional entre ônus e bônus na relação contratual.

---

[436] STF, 1T. RE 82.971. Rel. Min. Cunha Peixoto. J.: 26/10/1976.

[437] STF, 1T. RE 91.820. Rel. Rafael Mayer. J.: 18/12/1979.

Trata-se de aspecto objetivo do contrato, razão pela qual, não pode ser plenamente concretizado por instrumentos arraigados à vontade.

Eis o espaço de normatividade do princípio do equilíbrio funcional dos contratos.

4. ARCABOUÇO INSTRUMENTAL NA DOGMÁTICA DO EQUILÍBRIO

4.1. Equilíbrio contratual: ideias iniciais

O termo equilíbrio, segundo o dicionário Aurélio da língua portuguesa, pode significar: "1. Manutenção dum corpo na posição normal, sem oscilações ou desvios. 2. Igualdade entre forças opostas. 3. Estabilidade. 4. Estado de um sistema em que não ocorrem, nele, certas modificações".[438] Como sinônimos para o termo equilíbrio, usualmente são destacadas as expressões igualdade, proporção e estabilidade.[439]

Entre esses diversos significados possíveis para o termo, aqueles que guardam maior pertinência com o estudo aqui desenvolvido são os de igualdade, estabilidade, harmonia e proporção. Em um contexto jurídico a palavra equilíbrio é utilizada em diferentes acepções, tais como expressão de justiça,[440] como aspecto da boa-fé objetiva[441] e da função social,[442] como parâmetro autorizador da revisão contratual e, também, como fim a ser buscado nos contratos sinalagmáticos.[443]

Já o contrato, na definição de Caio Mário da Silva Pereira, é "um acordo de vontades, em conformidade com a lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos".[444] A noção de equilíbrio, como se depreende, não está

---

[438] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio*: o dicionário da língua portuguesa. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010, p. 297.

[439] Cf.: FERNANDES, Francisco. *Dicionário de sinônimos e antônimos da língua portuguesa.* 29. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1989, p. 389.; MORAIS, Orlando Mendes, PENA, Leonan de Azeredo. *Dicionário de sinônimos e antônimos.* 7. ed. Rio de Janeiro: Spiker [1982?], p. 165.

[440] LARENZ, Karl. *Derecho Justo*: fundamentos de ética jurídica. Madrid: Civitas, 2001.

[441] MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil.* Coimbra: Almedina, 2013.

[442] GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Função social dos contratos:* novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

[444] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: contratos. v.3. 17. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 7.

inserida no conceito de contrato, mas apresenta-se como resultado esperado daquele específico negócio celebrado entre as partes.

Da junção dos dois significantes, e em observância aos diversos empregos do termo equilíbrio, em uma primeira abordagem, o equilíbrio contratual pode ser compreendido como característico do ato de autonomia e resultante da alocação do risco contratual, em conformidade com os interesses, as preferências e as possibilidades das partes ou, simplesmente, como sendo o resultado proporcional entre ganhos e perdas, vantagens e desvantagens decorrentes de um acordo de vontades em conformidade com a lei acerca de bens jurídicos.

Pela definição ampla proposta por Caio Mário da Silva Pereira[445] é possível vislumbrar a estrutura do contrato, bem como a sua natureza jurídica. Trata-se de negócio jurídico bilateral, por meio do qual os sujeitos de direito, no exercício de suas autonomias, podem alterar a realidade jurídica, perfazendo acordos volitivos em torno de bens e interesses juridicamente reconhecidos.

Exatamente por sua amplitude e abstração, contempla contratos de diferentes tipos e naturezas,[446] não indicando, satisfatoriamente, o objeto nesta sede estudado. Ademais, não explicita adequadamente a fonte de juridicidade do contrato. Trata-se de acordo de vontades em conformidade com a lei. Entretanto, essa conformidade não pode ser compreendida apenas como um limitador externo. Assim, importa colacionar uma definição de contrato mais condizente com as transformações experimentadas pela categoria na contemporaneidade e mais afinada com a proposta desta tese.

Em observância à historicidade, acredita-se ter ficado claro, por tudo o que foi exposto nos capítulos 1 e 2, que a concepção de contrato e a contratualidade em todas as suas nuances, foram redesenhados aos objetivos de um Estado social e promocional. As relações obrigacionais como um todo e, especialmente, o contrato, foram dinamizados. Vale dizer que o contrato deixa de ser visto apenas como um vínculo jurídico derivado da vontade e formalizador de direitos e deveres, para ser compreendido como instrumento de cooperação entre as partes, unidas por interesses convergentes e em conformidade com os interesses individuais que as ligam e com o interesse social.

---

[445] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: contratos. v.3. 17. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 7.

[446] Como adverte Paulo Nader, "nesta acepção lata, a noção de contrato alcança as diversas províncias do Direito Privado, Direito Público Interno e Internacional" (NADER, Paulo. *Curso de direito civil*: contratos. v. 3. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 9).

Nessa ordem de ideias, é interessante reproduzir aqui algumas conclusões alcançadas por Paulo Nalin[447] em sua tese de doutorado, na qual ele se dedicou a formular um conceito de contrato na perspectiva civil-constitucional. Após detida análise das transformações pelas quais o contrato passou, especialmente em virtude da carga axiológica constitucional incidente sobre a categoria e da diversidade de manifestações contratuais observadas na contemporaneidade, o autor chega a uma primeira conclusão, que vem a ser a possibilidade de coexistência de vários conceitos para o contrato. "Porém, jamais, um conceito fundado no modelo clássico, enquanto síntese das estruturas contratuais".[448] Essa conclusão vai ao encontro do que já foi defendido anterior acerca da funcionalização dos contratos.

Ademais, mesmo reconhecendo o risco de uma definição, o autor propõe que o contrato hoje é relação complexa e solidária. Partindo do seu conteúdo e não de sua estrutura, afirma que o contrato privado [é] "relação jurídica subjetiva, nucleda na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros".[449]

Essa proposição, ao deslocar a juridicidade do contrato do acordo de vontades para o ordenamento e, sobretudo, para a solidariedade social, ilumina o caminho que se pretende traçar sobre o equilíbrio dos contratos. Se o contrato é relação solidária deve instrumentalizar a cooperação entre as partes, em toda a sua existência. E, estando a sua fonte de juridicidade no ordenamento e não apenas na vontade, deve guardar conformidade com os valores do ordenamento e não apenas com o interesse das partes.

Importante ressaltar que os efeitos jurídicos produzidos pelo contrato não se confundem com o conteúdo do contrato. Mas, tão somente evidenciam a percepção de que os contratos, independentemente de qual seja o seu objeto, podem afetar interesses existenciais, bem como envolve direitos fundamentais, como nas hipóteses do direito à saúde e à moradia, por exemplo.

A par dessas considerações, e sem se distanciar do conteúdo valorativo da conceituação proposta por Paulo Nalin,[450] em uma acepção restrita, atenta apenas ao objeto, compreende-se o contrato como o acordo de vontades produtivo de efeitos patrimoniais. Vera

---

[447] NALIN, Paulo. *Do contrato. Conceito pós-moderno:* em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

[448] Ibid, p. 252.

[449] Ibid, p. 253.

[450] Ibid, p. 253.

Helena de Mello Franco, após analisar a evolução conceitual e a natureza jurídica do contrato, conclui que o significado mais autêntico para o vocábulo é aquele "em que ele se apresenta como subespécie (principal) do negócio jurídico bilateral, patrimonial".[451]

Esta acepção mais restrita e inclusiva do caráter patrimonial foi adotada pelo Código Civil Italiano que, no artigo 1.321, define o contrato como acordo de duas ou mais partes para constituir, regulamentar ou extinguir, entre elas, uma relação jurídico-patrimonial.[452] Francesco Galgano, comentando tal previsão, explica que o requisito da patrimonialidade significa que o objeto ou prestação do contrato deve ser suscetível de apreciação econômica, o que implica na delimitação da própria esfera contratual, excluindo, por exemplo, o matrimônio.[453]

No mesmo sentido, Enzo Roppo afirma que "o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas. Donde se conclui que onde não há operação econômica, não pode haver também contrato".[454] Importante frisar que o referido autor faz tal afirmação em atenção à realidade jurídica italiana, na qual, por expressa previsão legal, o contrato tem conteúdo patrimonial. E, não obstante, ressalva que "o contrato-conceito jurídico e o direito dos contratos não são exclusivamente redutíveis à operação econômica, mas têm em relação a esta certa autonomia".[455]

O objetivo de estabelecer essa delimitação objetiva, ao que parece, fundamenta o posicionamento majoritário da doutrina nacional que, não obstante falta de previsão legal nesse sentido, entende ser a patrimonialidade característica essencial do contrato.[456]

---

[451] Na sequência, a autora define o contrato como "todo acordo de vontade destinado a constituir uma relação jurídica de natureza obrigacional, com eficácia patrimonial" (FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria Geral do Contrato*: confronto com o direito europeu futuro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 33-38).

[452] Art. 1321, CC Italiano. Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale.

[453] GALGANO, Francesco. *Il contrato.* 2. ed. Italia: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2011, p. 27.

[454] ROPPO, Enzo. *O Contrato.* Coimbra: Almedina, 2009, p. 11.

[455] Ibid, p. 11.

[456] Nesse sentido: Orlando GOMES afirma que, em sentido restrito, o contrato é "o acordo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais na esfera patrimonial" (*Contratos.* 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 9); Paulo NADER define contrato como "acordo de vontades que visa à produção de efeitos jurídicos de conteúdo patrimonial" (*Curso de direito civil*: contratos. v. 3. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 9.); Álvaro Villaça AZEVEDO conceitua o contrato "como a manifestação de duas ou mais vontades, objetivando criar, regulamentar, alterar e extinguir uma relação jurídica (direitos e obrigações) de caráter patrimonial" (*Teoria geral dos contratos típicos e atípicos.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 9); Caio Mário da Silva PEREIRA apresenta a economicidade como um dos requisitos objetivos da validade do contrato (*Instituições de direito civil*: contratos. v.3. 17. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 29).

Entretanto, o que se observa é a adoção de um conceito restrito de contrato, posto que, como adverte Álvaro Villaça Azevedo, não obstante a possibilidade de contratos desprovidos de interesses patrimoniais, "no âmbito do Direito Contratual se estaria a estudar o contrato em sentido restrito, nas relações jurídicas de caráter econômico".[457]

Nessa perspectiva restrita, alguns autores[458] identificam uma função econômica para o contrato, a qual também já foi ressaltada em sede jurisprudencial.[459] Humberto Theodoro Junior vai além e afirma que o contrato é, antes de tudo, um fenômeno econômico e que "contrato sem função econômica não é contrato".[460] Orlando Gomes não só afirma que todo contrato tem função econômica, como ressalta ser ela a causa do contrato.[461] Ainda segundo o mesmo autor, os contratos poderiam, inclusive, ser classificados de acordo com a função econômica que desempenham.[462]

Em que pese a riqueza do tema, o aprofundamento dessa discussão foge ao escopo da tese, visto que o objetivo é discutir o equilíbrio funcional dos contratos bilaterais, onerosos e comutativos, os quais possuem conteúdo patrimonial. Por essa razão, limita-se a destacar que contemporaneamente já se reconhece que tal requisito não coincide com a esfera de interesse patrimonial ou escopo econômico do contrato, na medida em que a patrimonialidade não depende da natureza do interesse perseguido pelas partes, mas sim do fato de a prestação ser suscetível de avaliação econômica, razão pela qual há contratos gratuitos.[463]

---

[457] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 9.

[458] Cf.: GOMES, Orlando. *Contratos.* 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999; FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria Geral do Contrato*: confronto com o direito europeu futuro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; ROPPO, Enzo. *O Contrato.* Coimbra: Almedina, 2009; BESSONE, Darcy. *Do contrato*: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

[459] STJ, 3 T. REsp Nº 783.404. Rel. Min. Nancy Andrigui. Julg. 28/06/2007.

[460] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.101.

[461] GOMES, Orlando, op. cit., p. 19.

[462] Nesse sentido, seriam classificados em: contratos para a promoção da circulação de riquezas; de colaboração; para prevenção de riscos; de conservação e acautelatórios; para prevenção ou diminuição de controvérsias; para concessão de crédito; e, constitutivos de direitos reais de gozo ou de garantia (GOMES, Orlando. *Contratos.* 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 19).

[463] Cf.: GALGANO, Francesco. *Il contrato.* 2. ed. Italia: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2011, p. 28; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 17-36; TEPEDINO, Gustavo, SCHREIBER, Anderson. AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código civil comentado:* direito das obrigações (arts. 233 a 420). v. 4. São Paulo: Atlas, 2008, p. 8-13; KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. *Civilistica.com.* Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul/dez/2012. Disponível em:

Em suma, partindo da conceituação proposta por Paulo Nalin[464] e, somando elementos que permitam uma melhor delimitação para os fins aqui propostos, define-se contrato como a relação jurídica subjetiva, derivada do acordo de vontades e da lei e nucleada na solidariedade constitucional, por meio do qual os sujeitos de direito, no exercício de suas autonomias, podem alterar a realidade jurídica, perfazendo acordos volitivos em torno de bens e interesses patrimoniais juridicamente reconhecidos. A essa noção de contrato adiciona-se o caráter do equilíbrio, como qualificador do resultado esperado de um específico negócio celebrado entre as partes.

Destaca-se que o equilíbrio contratual dependerá do tipo de contrato celebrado pelas partes – se unilateral ou bilateral; se comutativo ou aleatório; da real possibilidade de exercício de escolhas livres – contratos paritários ou por adesão; das preferências e da valoração que cada um dos contratantes atribui ao objeto do pacto; da oportunidade e conveniência da contratação, entre outros fatores. Nessa perspectiva, o estudo do princípio do equilíbrio funcional dos contratos pressupõe o reconhecimento da sua complexidade, a implicar que o seu conteúdo só poderá ser preenchido diante da análise de um contrato específico, a partir da avaliação em concreto e global do pacto estabelecido pelas partes.

Dessas observações decorre a primeira *premissa instrumental* para o estudo do equilíbrio funcional dos contratos: os critérios para verificação do equilíbrio são extraídos do tipo contratual estabelecido entre as partes, sendo este individuado por intermédio do processo unitário de interpretação e qualificação do contrato, utilizando para tal, a causa em concreto.[465] Isso porque, se o contrato é instrumento para a realização dos interesses convergentes e socialmente adequados das partes contratantes, deve ser esse interesse, ou melhor, os efeitos essenciais buscados pelas partes e em consonância com o ordenamento, que deve nortear a avaliação acerca do equilíbrio.

Ressalva-se que a ideia de equilíbrio contratual pode induzir à equivocada percepção de que está sendo considerado apenas o aspecto econômico-financeiro do pacto ou, de forma ainda mais reducionista, que o objeto único de atenção é o equilíbrio das prestações.

---

www.civilistica.com. Acesso em: 22/08/2015; NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 60-70.

[464] NALIN, Paulo. *Do contrato. Conceito pós-moderno:* em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 253.

[465] Cf. KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

Certamente o equilíbrio econômico entre as prestações é aspecto importante do equilíbrio contratual. Mas não se confunde, nem esgota o conteúdo pretendido para o princípio do equilíbrio funcional dos contratos. Como destacado por Paula Greco Bandeira, "o equilíbrio contratual, ainda que se refira à economia da relação, traduz o equilíbrio jurídico das regras previamente estabelecidas pelas partes no concreto negócio, sujeito à aplicação das normas constitucionais".[466]

Disso decorre a *segunda premissa instrumental* para o estudo do equilíbrio funcional dos contratos que consiste no reconhecimento da sua complexidade, impondo que mesmo seja compreendido em sua totalidade,[467] a partir dos seus perfis subjetivo e objetivo, sendo que esse último é ainda subdividido em um aspecto econômico e um aspecto normativo.

4.2. Premissas Instrumentais

4.2.1. Causa do contrato e equilíbrio: primeira premissa instrumental

Os critérios para a verificação do equilíbrio funcional dos contratos devem ser extraídos do contrato estabelecido entre as partes, o qual será identificado a partir do processo unitário de interpretação e qualificação com base na função, que vem a ser a causa concreta do contrato.[468] Substitui-se, portanto, a técnica da subsunção e a tentativa infértil de, a partir da identificação de elementos estruturais, encaixar o contrato em algum tipo abstratamente previsto,[469] pela técnica da qualificação a partir da causa concreta.

---

[466] BANDEIRA, Paulo Greco. *Contratos aleatórios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 125.

[467] Cf. BRITO, Rodrigo Toscano de. *Equivalência material dos contratos:* civis, empresariais e de consumo. São Paulo: Saraiva, 2007; CAMILETTI, Francesco. *Profili del problemi dell´equilibrio contrattuale.* Milano: Giuffrè, 2004; LOBO, Paulo Luiz Neto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. *Jus Navigandi*, ano 7, n. 55. Teresina, 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/2796>. Acesso em: 31 ago. 2014; RINALDI, Carlo. *La proporzione tra le prestazioni contrattuali.* 2004-2005. Tese (Dottorato di Ricerca in Diritto Comune Patrimoniale. XVIII Ciclo) – Facolta di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Frederico II, Nápoles; ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do equilíbrio contratual.* São Paulo: Saraiva, 2012.

[468] Ver Capítulo 2, item 4.

[469] Trata-se da superação da doutrina dos *essentialia* que, segundo Carlos Nelson Konder, "é um passo adequado para favorecer a constitucionalização do direito contratual no que se refere ao processo de qualificação dos contratos. A visão mecanicista de que o legislador predetermina elementos essenciais a cada tipo, necessários e

Como adverte Pietro Perlingieri, "o que essencialmente se exige de um jurista é a coerência com o método adotado".[470] Nesse sentido, a escolha feita justifica-se por ser a que melhor se coaduna com a metodologia do direito civil-constitucional. Privilegia-se o perfil funcional do contrato celebrado pelas partes, a fim de proceder à sua qualificação e, a partir desta, extrair os critérios necessários para a verificação do equilíbrio funcional do contrato, a ser realizado no bojo do controle de legitimidade do próprio ato. A rigor, o simples enquadramento em tipos previstos pelo legislador a partir da perspectiva estruturalista permitiria, no máximo, o controle de licitude. Entretanto, para além da verificação desta, deve-se identificar a compatibilidade ou não do ato de autonomia com os valores do ordenamento, indicando o merecimento (ou não) de tutela.

Assim, não obstante o ordenamento jurídico brasileiro ser não causal, posto não incluir a causa como requisito de validade dos contratos, adotando-se a premissa da funcionalização, reconhece-se o papel essencial da causa para tal fim. E, a partir do estabelecimento da sinonímia entre causa e função e aplicando a concepção objetiva de causa, compreendida como função econômico-individual,[471] ao conceito restrito de contrato, pode-se concluir que o contrato tem função econômico-individual (causa) e, principalmente, que esta será primordial para a análise do equilíbrio funcional dos contratos.

A opção pelo emprego da causa concreta aos fins aqui pretendidos, justifica-se, ao menos, por duas razões principais. *Primeiro*, porque impõe a análise global do pacto, sem a prévia distinção entre as categorias dos elementos que o compõe. Com isso, a eventual classificação de elementos essenciais e não essenciais passa a ser um resultado – e não condicionante – da qualificação, o que é primordial, por exemplo, para a identificação da correspectividade entre as diversas obrigações inseridas em um contrato. *Segundo*, porque é a partir da análise da causa concreta que melhor se pode extrair os índices do tipo contratual realizado pelas partes, que são as referências objetivas e apreciáveis, as quais serão

---

suficientes para que o intérprete enquadre o contrato concreto e, a partir disso, aplique a ele toda e somente a normativa prevista para aquele modelo típico, é incompatível com o reconhecimento de que o intérprete tem por papel fundamental realizar, argumentativamente, em cada caso, a solução jurídica oferecida pelo sistema como um todo de forma mais consentânea com seus comandos superiores" (KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 144-145).

[470] PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 88.

[471] Id. *Manuale di diritto civile*. 7 ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, p. 488.

denominadas por preferências reveladas das partes, essenciais para a verificação do equilíbrio em seus perfis.

Em síntese, se a causa do contrato corresponde à sua função econômico-individual, compreendida como a síntese dos efeitos essenciais relativos aos interesses perseguidos pelas partes com a realização daquele contrato específico, a concretização do princípio do equilíbrio funcional dos contratos deve guardar estreita ligação com tais interesses, desde que merecedores de tutela.

Poderia parecer a princípio contraditório propor a qualificação concreta e, em seguida, a utilização do método tipológico, que é modo de pensar o geral.[472] Contudo, frisa-se que o que se está propondo é o emprego dos índices do tipo, após a qualificação e com o objetivo de oferecer critérios para a realização de um controle valorativo a ser exercido pelo princípio do equilíbrio funcional dos contratos, ou seja, a remissão aos índices visa apenas a facilitar a sistematização da operacionalização do princípio do equilíbrio funcional.

Exemplificativamente, uma vez qualificado o contrato, em atenção à qualidade das partes e à efetiva liberdade das mesmas na fixação dos seus termos, o contrato será caracterizado como paritário, contrato-tipo ou por adesão, e a efetiva igualdade e/ou liberdade das partes será determinante na aferição do perfil subjetivo do princípio do equilíbrio. Já o conteúdo do contrato será considerado na aferição do perfil objetivo do referido princípio, em especial, no que tange à natureza do contrato quanto aos efeitos produzidos (bilateral ou unilateral), quanto à atribuição patrimonial (gratuito ou oneroso), quanto às vantagens esperadas (comutativo ou aleatório) e quanto à sua inserção ou não em uma rede contratual (contratos individuais e autônomos ou coligados).

A título de ilustração, cita-se interessante caso no qual o Superior Tribunal de Justiça[473] foi chamado a decidir se um contrato no qual se estabelecia a entrega de 10 mil sacas de soja para o recebimento de 15 mil sacas alguns meses depois seria qualificado como troca ou mútuo.

Inexiste nos autos referência à qualificação das partes que permita afirmar algum tipo de desigualdade efetiva, afetando a liberdade na determinação do conteúdo do pacto. Contudo, o fato de as partes serem, de um lado, pessoas naturais e, do outro, pessoa jurídica,

---

[472] VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 88.

[473] STJ, 3T. REsp. 44.456. Rel. Min. Eduardo Ribeiro. Julg.: 22/03/1994.

profissional e com finalidade lucrativa, serve de alerta ao magistrado para a necessidade de uma análise ainda mais criteriosa acerca do conteúdo.

A troca, como explica Caio Mário da Silva Pereira, "consiste na entrega de uma coisa por outra – *rem pro re* – objetivando a prestação de cada um dos contratantes uma coisa em espécie".[474] Já o mútuo, segundo as lições do mesmo jurista, "é o contrato pelo qual uma das partes transfere uma coisa fungível a outra, obrigando-se esta a restituir-lhe coisa do mesmo gênero, da mesma qualidade e na mesma quantidade".[475] Adverte ainda o autor que, não obstante o mútuo ser naturalmente gratuito, o mesmo pode assumir a forma onerosa, como é usual nos empréstimos financeiros.

Em abstrato, o contrato poderia ser qualificado como de uma ou outra espécie. Contudo, perquirindo a finalidade prática perseguida pelas partes, identifica-se o contrato de mútuo.[476] Na troca, além de inexistir dever de restituição do recebido, vez que se dá uma coisa por outra, presume-se que os valores das coisas permutadas sejam semelhantes, *ratio* que pode ser extraída da regra contida no inciso I do artigo 533,[477] que dispõe sobre a divisão das despesas com o instrumento da troca e que, mesmo sendo norma dispositiva, deve auxiliar o julgador na interpretação e qualificação de um contrato. Por outro lado, no mútuo existe o dever de restituição, que poderá ser da mesma coisa recebida ou de coisa de mesmo gênero e qualidade e, além disso, pode assumir a forma gratuita ou onerosa e, quando desta última espécie, os juros são presumidos.[478]

Uma vez qualificado o contrato como mútuo, extraem-se as suas características essenciais: bilateralidade, onerosidade, comutatividade. E, uma vez identificadas estas, pode-

---

[474] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: contratos. v.3. 17. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 175.

[475] Ibid, p. 317.

[476] As instâncias ordinárias entenderam tratar-se de troca, ao passo que no STJ o contrato foi qualificado como mútuo.

[477] Art. 533, CC 2002. Aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda, com as seguintes modificações: I - salvo disposição em contrário, cada um dos contratantes pagará por metade as despesas com o instrumento da troca.

[478] No voto de lavra do Ministro Eduardo Ribeiro foi destacado: "A troca pressupõe que se dê alguma coisa para receber outra diferente. Se um dos contratantes obriga-se a devolver aquilo que recebeu, a hipótese será de empréstimo e não de troca. Claro que, tratando-se de coisas fungíveis, não serão restituídas exatamente as mesmas que foram recebidas, mas outras, da mesma espécie e qualidade. Procedendo-se à devolução após algum prazo, como normalmente ocorre, poder-se-á estabelecer seja feita com um acréscimo, que corresponderá aos juros. Estes não se referem apenas ao empréstimo de dinheiro, mas aos mútuos em geral, como evidencia o disposto no artigo 1.262 do Código Civil" (STJ, 3T. REsp 44.456, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, julg. 22.03.1994, DJ 16.05.1994).

se melhor aferir o equilíbrio. No caso em questão, o contrato foi revisado, limitando-se os juros.

Em suma, após a qualificação serão extraídos os índices a serem utilizados na operacionalização do princípio, em ambos os seus perfis. Isso porque, não há como negar certa correlação entre a natureza do contrato, as suas características mais ressaltadas e o equilíbrio. E, para fins de aferição do equilíbrio funcional de um contrato, duas características mostram-se essenciais: a igualdade entre as partes e a correspectividade entre as prestações.

A efetiva igualdade entre as partes insere-se no perfil subjetivo do princípio do equilíbrio funcional dos contratos, funcionando como um alerta para o intérprete quando da verificação do conteúdo do pacto. Já a correspectividade é elemento primordial para a verificação da equivalência entre as prestações, seja porque é traço distintivo entre contratos unilaterais e bilaterais, seja porque é indicador da onerosidade ou da gratuidade do pacto e, por fim, porque é também a partir da identificação do vínculo de correspectividade que se pode melhor diferenciar os contratos comutativos dos aleatórios.

4.2.2. Perfis do equilíbrio: segunda premissa instrumental

A segunda premissa instrumental para o estudo do princípio do equilíbrio funcional dos contratos é a análise abrangente do equilíbrio, abarcando os seus perfis subjetivo e objetivo. A análise de cada um dos perfis deve ser feita com base nos índices extraídos do procedimento unitário de interpretação e qualificação do contrato, o que permite uma avaliação pautada por critérios objetivos e, sendo assim, controláveis.

i) Perfil Subjetivo

A qualidade das partes pode contribuir, embora nem sempre ocorra, para a qualificação do contrato, como nas hipóteses de contratos de seguro, nos acordos societários e nos contratos de consumo, por exemplo.[479] Essa qualificação com base na qualidade das

[479] Cf.: VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2002, p.159-161.

partes é útil para a análise do equilíbrio contratual, na medida em que atrai normativas especiais e, principalmente, porque permite considerar, a partir do contrato estabelecido pelas partes e das circunstâncias contratuais, a equipolência ou não de poderes dos contratantes.[480]

Entretanto, para fins de verificação do equilíbrio funcional dos contratos, o perfil subjetivo do equilíbrio não pode ficar adstrito à eventual qualificação abstrata realizada pelo legislador. Isso porque, o perfil subjetivo do princípio do equilíbrio funcional dos contratos diz respeito à efetiva liberdade das partes na celebração do contrato, o que pressupõe a real igualdade entre os contratantes e, também, por ser subsidiário e instrumental para a análise global do equilíbrio.

Ou seja, o perfil subjetivo "leva em conta a identificação do poder contratual dominante das partes e a presunção legal de vulnerabilidade" .[481] Consequentemente, cabe especificamente a este perfil a harmonização entre a liberdade e a igualdade, em atenção ao pressuposto do princípio do equilíbrio funcional dos contratos, que vem a ser o que se denominou como liberdade efetiva.[482] Nesse sentido, sendo uma das partes vulnerável ou havendo desigualdade entre as partes, o princípio da igualdade deve limitar o da liberdade, a fim de alcançar a justiça.

Importante frisar que, não obstante a presunção legal de vulnerabilidade de alguns contratantes, tais como o consumidor, o inquilino e o aderente, deve-se investigar, diante do caso concreto, eventual disparidade de poder contratual em todas as avenças. Assim, a assimetria ou não de poderes contratuais influencia diretamente na determinação da extensão do controle exercido pelo magistrado, no sentido de que quanto maior a igualdade, menor a eventual intervenção judicial.

---

[480] "[...] l'equilibrio può essere riferito, oltre che agli elementi oggettivi del contratto (regole e prestazioni), anche alle persone dei contraenti. A tale stregua si è soliti distinguere un contraente "forte" e uno "debole", alludendo alla disparità di forza contrattuale tra le parti" (RINALDI, Carlo. *La proporzione tra le prestazioni contrattuali.* 2004-2005. Tese (Dottorato di Ricerca in Diritto Comune Patrimoniale. XVIII Ciclo) – Facolta di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Frederico II, Nápoles, p. 1).
Em tradução livre: "[...] O equilíbrio pode ser atribuído, seja aos elementos objetivos do contrato (regras e prestações), seja à pessoa dos contratantes. Desta forma, é comum distinguir entre um contratante "forte" e um "fraco", aludindo ao poder de barganha desigual entre as partes".

[481] "O princípio da equivalência material desenvolve-se em dois aspectos distintos: subjetivo e objetivo. O aspecto subjetivo leva em conta a identificação do poder contratual dominante das partes e a presunção legal de vulnerabilidade. A lei presume juridicamente vulneráveis o trabalhador, o inquilino, o consumidor, o aderente de contrato de adesão. Essa presunção é absoluta, pois não pode ser afastada pela apreciação do caso concreto" (LOBO, Paulo Luiz Neto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. *Jus Navigandi*, ano 7, n. 55. Teresina, 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/2796>. Acesso em: 31 ago. 2014).

[482] Ver Capítulo 5.

A extensão do controle exercido pelo magistrado sobre o conteúdo contratual deverá ser determinada, ainda que não exclusivamente, pela assimetria ou não dos poderes contratuais em concreto. A efetiva busca pela igualdade nas partes em concreto justifica-se na ideia de que um contrato, para ser justo, deve atender a um sistema de equipolência entre os contratantes. Do contrário, o mais forte poderia se aproveitar da sua posição para explorar o mais débil.

Em síntese, trata-se da efetivação não só da liberdade de contratar – escolher entre vincular-se ou não – mas da liberdade contratual, no sentido da livre determinação do conteúdo da avença.[483] Dito de outra forma, ao perfil subjetivo cumpre investigar a possibilidade de concretização da função teleológica do princípio do sinalagma, consistente na satisfação do interesse das partes.

A fim de satisfazer o perfil subjetivo do princípio do equilíbrio funcional dos contratos, parte-se de uma análise formalística da liberdade e igualdade entre as partes, com vistas a verificar a não incidência de uma das hipóteses de invalidade, notadamente a incapacidade de um dos agentes e/ou vícios do consentimento. Se uma das partes contratantes for incapaz, ou seja, tiver o seu discernimento reduzido, não haverá igualdade; por outro lado, se uma das partes tiver declarado uma vontade viciada, não haverá liberdade.

Esse primeiro componente apresenta-se como um critério negativo, a fim de verificar se a vontade preenche a base mínima de juridicidade exigida pelo ordenamento: os contratos devem ser celebrados por pessoas capazes e com vontades livres. Contudo, isto é insuficiente em um ambiente jurídico personalista e promocional. Isso porque, a capacidade e a ausência de vícios, como requisitos de validade para os negócios em geral, tem como premissa a igualdade formal, própria de sistemas jurídicos que tinham como referência o sujeito abstratamente considerado.

Com o propósito de assegurar uma igual liberdade, torna-se necessário enfrentar a problemática da tensão entre liberdade e igualdade. Esta foi analisada, entre outras coisas, por

---

[483] "In senso soggettivo [...], l´espressione "equilíbrio contrattuale" esprime semplicemente il concetto in forza del quallle parti sono libere di stabilire il valore dele preztazioni, per cui lo scambio può determinare anche attribuzioni patrimonial diverse [...]. Il rapporto sinallagmatico è quindi concepito come uno scambio di prestazioni, cui ciascun contraente può attribuire il significato econômico che ritiene oportuno, e non come uno scambio di valori oggettivi" (CAMILETTI, Francesco. *Profili del problemi dell´equilibrio contrattuale.* Milano: Giuffrè, 2004, p. 42).
Em tradução livre: "No sentido subjetivo [...], a expressão "equilíbrio contratual" expressa simplesmente o conceito de que as partes são livres para determinar o valor das prestações, e, portanto, a troca também pode determinar atribuições patrimoniais diversas [..]. A relação sinalagmática é então concebida como uma troca de prestações, a qual cada contratante pode atribuir o significado econômico que considere mais apropriado, e não como uma troca de valores objetivos".

Ruy Rosado de Aguiar Junior,[484] na perspectiva da igualdade, e por Paulo Luiz Neto Lobo,[485] na perspectiva da liberdade. Embora adotem parâmetros iniciais distintos para suas análises, as propostas são totalmente convergentes. Adota-se a proposta desenvolvida por Ruy Rosado de Aguiar Júnior, visto ser mais abrangente, abarcando, até mesmo, a proposta de Paulo Luiz Neto Lobo.[486]

Ruy Rosado Aguiar Junior[487] identifica quatro fases de igualdade no contrato: i) primeira fase pré-contratual, abarcando a escolha do contratante, o momento de contratar e o tipo de contrato; ii) segunda fase de formação e/ou elaboração do contrato, que cuida especificamente do conteúdo do contrato, no que tange à equivalência das prestações, à distribuição dos riscos, à responsabilidade por danos e a sanções por descumprimento; iii) terceira fase de execução do contrato, destacando a necessidade de garantir condições equânimes para o cumprimento do pacto; e iv) quarta fase de extinção do contrato, ressaltando a abusividade da cláusula resolutória por inadimplemento mínimo, bem como a necessidade de se verificar adequadamente a possibilidade de resolução por onerosidade excessiva.

A limitação da liberdade e/ou igualdade na escolha do outro contratante pode decorrer da obrigação compulsória de fazer específica dos fornecedores de serviços públicos (água, luz, gás etc.), das hipóteses em que a lei ou a própria vontade anteriormente declarada assegura a preferência,[488] bem como daquelas atividades desenvolvidas sob monopólio. Ademais, a desigualdade na escolha do outro contratante é observada nas hipóteses de contratos cativos e de longa duração, tais como os de fornecimento e distribuição com

---

[484] AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. O princípio da igualdade e o direito das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo e 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. 531-563, p. 560-562.

[485] LOBO, Paulo Luiz Neto. Contratante vulnerável e autonomia privada. *Jus Navigandi*, ano 18, n. 3749. Teresina, 2013, p.6. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25358>. Acesso em: 1 set. 2014.

[486] Paulo Luiz Neto Lobo afirma que a liberdade contratual pressupõe "o exercício de três liberdades de escolha interligadas: a) a liberdade de escolher o outro contratante; b) a liberdade de escolher o tipo contratual; c) a liberdade de determinação do conteúdo". (Ibid, p. 6). As duas primeiras liberdades são analisadas por Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR no que ele chamou de primeira fase da igualdade no contrato. Já a liberdade de determinação do conteúdo é analisada como a segunda fase da igualdade no contrato (O princípio da igualdade e o direito das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo e 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. 531-563, p. 560-562).

[487] AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado, op. cit., p. 560-562.

[488] Ver: LGOW, Carla Wainer Chalréo. *Direito de preferência.* São Paulo: Atlas, 2013.

exclusividade, nos contratos de franquia, nos quais os franqueados são obrigados a adquirir os insumos necessários para sua atividade de um fornecedor exclusivo.

Em todas as situações descritas, há restrição da liberdade de uma das partes e, consequentemente, desigualdade no contrato. No entanto, tais limitações são admitidas, posto que são, a princípio, legítimas. Em hipóteses como as citadas, no entanto, deve-se redobrar a atenção, a fim de coibir eventuais abusos no aspecto objetivo do contrato.

A escolha do momento de contratar também pode revelar limitação da liberdade de uma das partes e, consequentemente, desigualdade. Como exemplifica Ruy Rosado de Aguiar Junior, tais restrições podem decorrer "da própria natureza da relação, como nos contratos de ensino, da lei, nas hipóteses de interesse público". [489] Nesses casos, importante se faz averiguar a legitimidade da restrição, sendo, novamente, o abuso o limite para tal.

Por fim, a limitação da liberdade de escolha do tipo de contrato pode decorrer da lei, nas hipóteses em que estabelece tipos contratuais exclusivos, a exemplo dos contratos de licença ou cessão no âmbito da lei de software, e dos contratos de parceria e arrendamento no âmbito do direito agrário, como aponta Paulo Luiz Neto Lobo.[490] Mas também pode decorrer e, nessas situações reside o maior problema, em contratos por adesão e em contratos nos quais exista assimetria de informações. Em relação ao primeiro caso, o legislador, reconhecendo a desigualdade existente, estabelece medidas protetivas ao aderente. Mas, para as demais hipóteses, só mesmo a análise casuística pode indicar a desigualdade e possibilitar eventual correção.[491]

A possibilidade de determinação do conteúdo contratual, analisada a partir da qualidade e abrangência do consentimento, é utilizada pela doutrina para classificar os contratos em paritários ou negociáveis ou em contratos por adesão, sendo ainda feita por alguns autores, uma especificação desse último, que passa a ser compreendido como um gênero, do qual são espécies os contratos-tipo, os contratos *por* adesão e os contratos *de* adesão.

---

[489]AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. O princípio da igualdade e o direito das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo e 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. 531-563, p. 560.

[490] LOBO, Paulo Luiz Neto. Contratante vulnerável e autonomia privada. *Jus Navigandi*, ano 18, n. 3749. Teresina, 2013, p.8. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25358>. Acesso em: 1 set. 2014.

[491] Ruy Rosado de AGUIAR JUNIOR exemplifica essa última hipótese indicando que, para a "aquisição de um automóvel, a oferta de *leasing* deve vir acompanhada de esclarecimentos sobre o outro tipo de contrato que pode ser celebrado, como o de compra e venda financiada" (Op. cit., p. 560-561).

Essa classificação pode ser bastante útil, se não estiver adstrita a uma análise meramente estrutural, mas, sim, resultante da interpretação e qualificação em concreto. Isso porque, a partir da identificação em concreto de efetiva liberdade das partes, ou não, é que se abrirá ao julgador um espaço maior ou menor de atuação corretiva, como já ressaltado.

Um contrato paritário ou negociável seria aquele no qual as partes, em igualdade, têm a possibilidade, ainda que não a exerçam, de discutir o conteúdo contratual, de forma que a vontade de nenhuma delas se sobrepõe à da outra. A esse modelo ideal se contrapõe o gênero contrato não negociável ou por adesão. Os contratos não negociáveis congregam espécies contratuais cada vez mais usuais, cujo traço comum é a ausência de discussão acerca do conteúdo.

O legislador brasileiro definiu o contrato por adesão a partir daquilo que ele não é, ou seja, como um contrato cujo conteúdo não é negociado pelas partes, seja em virtude de fator exógeno ao contrato, seja em razão de as cláusulas terem sido unilateralmente redigidas.[492] A partir dessa definição legal, a doutrina identifica algumas especificidades entre os tipos de contratos nos quais inexiste a plena e equânime negociação e determinação do conteúdo, merecendo destaque, para os fins aqui pretendidos, a distinção entre os contratos *por* adesão e os *de* adesão.

De uma forma geral, pode-se dizer que a expressão *por* adesão representa o fenômeno da contratação, caracterizado pela redução do espaço de atuação da vontade de uma das partes, abrangendo, portanto, os contratos *de* adesão. O traço marcante da contratação *por* adesão é o fato de as cláusulas terem sido pré-redigidas unilateralmente, cabendo à outra parte apenas aderir ao mesmo ou não. Nesses contratos, portanto, o consentimento se resume à aceitação em bloco daquelas cláusulas e condições estabelecidas pela parte contratante.

A pré-disposição das cláusulas contratuais pode decorrer de imposição de associação profissional ou de órgão regulador competente ou da imposição de uma das partes, usualmente, a que detém posição dominante na relação contratual. A primeira hipótese origina o contrato-padrão ou contrato-tipo. Nesse caso, em tese, há algum espaço, ainda que reduzido, e muitas vezes não efetivo, para a negociação entre as partes. Da segunda hipótese pode derivar um contrato *por* adesão ou um contrato *de* adesão. Em comum, ambos se caracterizam pelo fato de que os contratos não resultam "do livre debate entre as partes, mas provêm do

[492] A definição legal de contrato de adesão encontra-se no artigo 54 do CDC, o qual dispõem que "Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo".

fato de uma delas aceitar tacitamente cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra".[493]

A diferença entre contratos *de* adesão e *por* adesão reside no fato de que nos do primeiro tipo as cláusulas, além de serem pré-redigidas unilateralmente, são impostas ao outro contratante que não pode deixar de contratar, pois não conseguiria satisfazer o seu interesse de outro modo. Assim, nos contratos *de* adesão não existe liberdade e igualdade na determinação do conteúdo, bem como inexiste liberdade na (ou para) a contratação. Já nos contratos *por* adesão, embora inexista liberdade e igualdade na determinação do conteúdo, existe liberdade em contratar ou não, na medida em que é possível satisfazer ao interesse por intermédio de outro contrato.[494]

A esse respeito, cumpre destacar o problema específico da dependência econômica que, de forma sintética, pode ser compreendida como a situação fática na qual o desenvolvimento e a viabilidade da atividade econômica de uma parte dependem da manutenção das relações comerciais estabelecidas com a sua contraparte. Tal situação é comumente observada em contratos de distribuição e em contratos de prestação de serviços com exclusividade, por exemplo.

A situação de dependência econômica já foi objeto de especial consideração por diversos ordenamentos jurídicos, tais como o italiano,[495] o francês[496] e o português.[497] No Brasil, o Projeto de Lei 301, de 2014, em tramitação, dispõe acerca da dependência econômica em contratos de distribuição. Mas, a despeito de inexistir legislação específica vigente, a questão pode e deve ser combatida por alguns institutos já positivados e, especialmente, pelo princípio do equilíbrio funcional dos contratos.

---

[493] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: contratos. v.3. 17. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 64.

[494] Orlando GOMES destaca o requisito da necessidade, como essencial para a qualificação do contrato de adesão, aduzindo: "Para haver contrato de adesão no exato sentido da expressão, não basta que a relação jurídica se forme sem prévia discussão, aderindo uma das partes à vontade da outra. [...]. O que caracteriza o contrato de adesão propriamente dito é a circunstância de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer a um interesse que, por outro modo, não pode ser atendido" (*Contratos.* 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 119). No mesmo sentido, Enzo ROPPO, para quem o aderente "não é livre, sequer, na alternativa de contratar ou não contratar, porque quando a adesão ao contrato *standard* constitui o único meio de adquirir bens ou serviços essenciais e indispensáveis à vida de todos os dias, trata-se, na realidade, de uma escolha obrigada; e, muitas vezes, por fim, não é livre, nem mesmo na individualização do parceiro com quem contratar" (*O contrato.* Coimbra: Almedina, 2009, p. 317).

[495] Lei 192, de 18 de junho de 1998, com redação alterada pela Lei 57, de 5 de março de 2001.

[496] Lei 420, de 15 de maio de 2001, implementada pelo Decreto 689, de 30 de abril de 2002.

[497] Decreto 371, de 29 de outubro de 1993, substituído pela Lei 18, de 11 de junho de 2003.

Em linhas gerais, já que foge ao escopo desta tese o aprofundamento do tema, a dependência financeira decorre do exercício abusivo do poder econômico de uma parte em relação à outra, no âmbito de uma relação contratual específica. Trata-se, portanto, da exploração da situação de inferioridade exercida pelo detentor do poder econômico, subordinando aquele que não o possui. O poder econômico é resultante da posse dos meios de produção com exclusividade por um indivíduo ou grupo de indivíduos, por uma empresa ou grupo de empresas.[498] A princípio, a detenção do poder econômico não representa um problema, a não ser que o exercício desse poder ocorra de forma abusiva em relação ao mercado ou a um parceiro comercial específico.[499]

A primeira hipótese se verifica quando os agentes de um determinado mercado adotam práticas tendentes à dominação do mercado e encontra vedação expressa na Constituição.[500] A segunda – que encontra maior pertinência com o estudo aqui desenvolvido – se verifica quando um determinado agente econômico, em virtude das relações negociais específicas, se torna de tal forma vinculado à empresa com que contratou, que acaba ficando sem quaisquer possibilidades de escolha. Essa situação, não obstante a falta de previsão legislativa específica, insere-se na mesma racionalidade da norma constitucional, bem como pode e deve ser igualmente combatida, como já mencionado.

A dependência econômica diz respeito à desigualdade entre parceiros profissionais e se verifica em contratos sucessivos,[501] *de* adesão e nos quais a atividade da parte mais fraca seja organizada em função dessas relações contratuais. A dependência é ainda reforçada por alguns elementos, tais como a duração do contrato, a previsão de cláusula de exclusividade e/ou de cláusulas pós-contratuais restritivas da liberdade (cláusula de não concorrência[502] ou de não reorganização).[503]

---

[498] SHIEBER, Benjamin. *Abusos do poder econômico*: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 3.

[499] Segundo a sistematização proposta por Calixto Salomão Filho, tais hipóteses correspondem, respectivamente, à dependência econômica absoluta e relativa. (Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial:* as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 205).

[500] Art. 173, §4º, CF. A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

[501] Os contratos sucessivos são caracterizados pela persistência da obrigação, não obstante soluções periódicas e que cessam em razão do implemento de uma condição, do decurso do prazo ou da denúncia. Ver: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: contratos. v.3. 17. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 62.

[502] O Projeto de Lei 301 propõe que essa questão seja disciplinada nos seguintes termos: "Art. 14. A obrigação de não concorrência após o término do contrato poderá ser acordada pelas partes, desde que por prazo inferior a

Cumpre mencionar que nos termos do Projeto de Lei 301, a situação de dependência é caracterizada pelo critério objetivo, apenas presumindo-a quando "pelo menos, cinquenta por cento do faturamento bruto de uma empresa provierem, direta ou indiretamente, de atividades relacionadas à comercialização de produtos fornecidos ou distribuídos pela outra" (art. 20). E o abuso de dependência, nos termos do artigo 21 do Projeto de Lei, resta configurado pela recusa de venda ou de compra, por parte do empresário ou da sociedade empresária detentora da posição dominante naquele contrato.

A dependência econômica reflete um estado de aceitação das imposições contratuais de forma irrecusável por parte do contratante detentor de posição privilegiada na relação, o que pode gerar desequilíbrio no contrato, quando o magistrado deverá atuar corrigindo o conteúdo contratual. O mesmo deverá ocorrer quando o magistrado estiver diante de uma relação contratual na qual uma das partes ostente uma condição de vulnerabilidade agravada.

Em tais casos, ainda que inexista uma legislação específica contemplando o tipo contratual, deve ser permitido ao magistrado buscar soluções dentro do próprio sistema, aplicando, por analogia, a disciplina das cláusulas abusivas, prevista no Código de Defesa do Consumidor, por exemplo. Tal possibilidade, em vez de desvirtuar o sistema consumerista – uma possível crítica a tal proposta – fortalece a premissa de unidade do ordenamento jurídico, a qual não se coaduna com a ideia de microssistemas, mas sim, com a imperiosa incidência direta das normas e valores constitucionais às relações privadas.

A noção de vulnerabilidade, não obstante encontrar-se na *ratio* da cláusula geral de tutela da pessoa, e de ser o fundamento do instituto das incapacidades, acabou ganhando atenção jurídica explícita na lei consumerista, onde foi desenvolvido o princípio da vulnerabilidade do consumidor.[504] Ao que tudo indica, é a presunção legal absoluta da

---

três anos contados do término do contrato. §1º A obrigação de não concorrência pós-contratual não poderá abranger produtos além daqueles que eram objeto da distribuição. §2º É vedada a contratação de obrigação de não concorrência pós-contratual pelo distribuidor que não exercia a distribuição em bases exclusivas".

[503] Cf. FAVA, Marina Dubois. *Aplicação das normas do CDC aos contratos interempresariais:* a disciplina das cláusulas abusivas. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p.64-70.

[504] O princípio da vulnerabilidade foi consagrado no artigo 4º, inciso I do diploma consumerista. O artigo 4º dispõe sobre a Política Nacional das Relações de Consumo. Em seu caput estabelece os objetivos gerais a serem perseguidos e, em seus incisos, os princípios norteadores, sendo o primeiro deles, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

vulnerabilidade do consumidor a fonte material de todas as normas que se seguem, bem como a justificativa para a proteção especial ali determinada.[505]

Essa vulnerabilidade, que é característica ínsita de todos os consumidores, diferencia-se da vulnerabilidade ontológica, que toca todas as pessoas. Enquanto esta última funda-se na igualdade, já que todos podem ser feridos, a primeira pauta-se na desigualdade concreta, surgida quando do estabelecimento de uma relação jurídica com a finalidade de aquisição de produtos ou serviços, na qual as partes contratantes não dispõem das mesmas condições fáticas. [506]

O fato de a vulnerabilidade do consumidor decorrer de uma presunção legal absoluta não significa que outros contratantes que não sejam qualificados como consumidores, também não possam ostentar tal condição. A rigor, é bastante razoável supor a possibilidade de existir uma vulnerabilidade fática[507] de um dos contratantes, tanto em razão de uma situação pessoal de fragilidade econômica, conhecimento técnico específico, como em virtude da essencialidade do objeto do contrato.

A diferença consiste apenas na necessidade de verificação em concreto de tal vulnerabilidade, uma vez que a presunção é a da igualdade entre os contratantes. Entretanto, uma vez constatada tal vulnerabilidade, devido a uma profunda assimetria entre as partes contratantes, mostra-se possível utilizar a normativa das cláusulas abusivas, previstas no Código de Defesa do Consumidor.

---

[505] Como bem elucida Marcelo Junqueira CALIXTO: "[...] se pode afirmar que a consagração da defesa do consumidor como um dos pilares fundamentais do sistema jurídico nacional, representa o reconhecimento, pelo constituinte, de que o consumidor é efetivamente a parte vulnerável no mercado de consumo. Só há de ser protegido quem efetivamente se encontra em posição de desvantagem perante a outra parte. Se os contratantes estão em igualdade de condições ao celebrar o acordo, a autonomia da vontade das partes é capaz de assegurar a efetiva proteção, mas se a situação fática não é esta e, ao contrário, de reconhecida desigualdade, necessário que o Estado atue tratando desigualmente os desiguais como forma de possibilitar um harmônico desenvolvimento de ambos, sem a exploração do mais fraco pelo mais forte" (O princípio da vulnerabilidade do consumidor. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.315-356, p. 319).

[506] Nesse sentido, destaca Bruno MIRAGEM: "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" (*Curso de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.99-100).

[507] Segundo Cláudia Lima Marques, haverá vulnerabilidade fática ou socioeconômica sempre que o fornecedor ocupar uma posição de monopólio fático ou jurídico, ou seja, sempre que estiver em uma situação de superioridade em razão de seu poder econômico elevado ou conhecimento jurídico. (Cf.: MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor:* o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 273).

Para tanto, não é necessário, sequer, tentar caracterizar o contratante como consumidor. Essencial apenas é demonstrar a sua vulnerabilidade fática, naquela relação contratual específica. Além disso, tal demonstração só será feita na hipótese de o contrato ser objetivamente desequilibrado e caso os institutos previstos na legislação comum mostrem-se insuficientes para a correção do contrato.

Com efeito, a legislação consumerista, como destacado por Gustavo Tepedino, tem vocação expansionista, influenciando o direito civil como um todo, na exata medida em que expressam os valores constitucionais.[508] Trata-se, na verdade, de extrair do Código de Defesa do Consumidor, assim como de qualquer outro ato normativo, um conjunto de regras e princípios, condizente com os valores constitucionais, apto a conformar uma teoria contratual constitucionalizada.

ii) Perfil Objetivo

O perfil objetivo diz respeito ao conteúdo do contrato e se decompõe em dois aspectos, como já afirmado. O aspecto ou perfil normativo traduz a síntese da posição normativa dos contratantes em relação à distribuição de direitos e obrigações secundárias e/ou acidentais, ônus, responsabilidades e riscos. O aspecto ou perfil econômico tem como foco o núcleo objetivo do contrato, mais precisamente, o valor econômico das prestações principais, consideradas não em si mesmas, mas inseridas no complexo da operação econômica encerrada pelo contrato ou rede contratual.

Assim, não obstante ser possível estabelecer a distinção em abstrato daquilo que corresponderia ao perfil econômico e ao perfil normativo, a análise em concreto do conteúdo contratual deve ser unitária, na medida em que se complementam e se condicionam. Essa perspectiva, inclusive, deve ser adotada para a atração dos remédios sinalagmáticos

[508] "Entretanto, mediante a aplicação direta dos princípios constitucionais nas relações de direito privado, devemos utilizar o Código do Consumidor, seja em contratos de adesão, mesmo quando não se constituam em relação de consumo, seja nas circunstâncias contratuais em que sejam identificados, pela identidade de *ratio*, os pressupostos de legitimação da intervenção legislativa em matéria de relações de consumo, sendo os princípios constitucionais da isonomia substancial, da dignidade da pessoa humana e da realização plena de sua personalidade os pressupostos justificadores da incidência do conjunto de mecanismos de defesa do consumidor nas relações interprivadas" (TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 229-250, p. 247-248).

positivados pelo legislador e também para a incidência do princípio do equilíbrio funcional dos contratos.

A verificação do equilíbrio no perfil objetivo deve ser realizada após a qualificação do contrato e a partir dos índices extraídos do contrato estabelecido pelas partes, na medida em que deve ser condizente com a função econômica-individual do acordo. Por essa razão, como já destacado, é que o vínculo de correspectividade se mostra essencial para a análise do equilíbrio. A partir dele será possível identificar os traços distintivos e, dependendo da natureza do contrato, diversa será a apreciação do equilíbrio.

4.3. Vínculo de Correspectividade e equilíbrio

A proposta central dessa tese é o desenvolvimento do princípio do equilíbrio funcional dos contratos, a fim de permitir um controle do conteúdo dos contratos, independentemente da qualidade das partes e sem que isso possa representar arbitrariedade ou subjetivismo do julgador. Por essa razão, o vínculo de correspectividade mostra-se essencial para a qualificação dos contratos, bem como para a operacionalização do princípio do equilíbrio funcional dos contratos.

4.3.1. Correspectividade, bilateralidade e sinalagma

A existência de um vínculo de correspectividade pressupõe a bilateralidade contratual, e usual é a utilização da expressão vínculo sinalagmático ou simplesmente sinalagma como indicativa da correspectividade. Os três significantes guardam, sem dúvida, estreita proximidade entre si. Entretanto, não obstante isso, não há consenso doutrinário sobre tratar-se de sinônimos, razão pela qual se mostra necessário esclarecer e justificar os conceitos que estão sendo aqui empregados.

O contrato necessariamente perfaz um acordo bilateral,[509] na medida em que a relação jurídica contratual, para sua formação, requer a convergência de dois centros de interesses, aos quais serão atribuídos vínculos de titularidade. Essa bilateralidade de partes ou centro de interesses, contudo, diz respeito apenas a estrutura formativa do pacto.[510] Já em observância aos efeitos – criação de direitos e obrigações e/ou atribuição de vantagens e desvantagens – o contrato pode ser classificado em unilateral ou bilateral, sendo esta classificação especialmente relevante para a operacionalização do princípio do equilíbrio funcional dos contratos.

Será unilateral o contrato em que inexistir vínculo de correspectividade entre prestações, em virtude de no momento de sua formação originar obrigações principais para uma das partes apenas. Exemplos usuais trazidos pela doutrina são os contratos de doação, comodato, depósito, mandato e mútuo.[511] Intuitivo seria afirmar que o contrato bilateral seria aquele gerador de obrigações para ambas as partes. No entanto, essa conceituação, não obstante correta, não é de todo esclarecedora, pois não contempla o vínculo de correspectividade, gerando controvérsias doutrinárias.

Ao que parece, não há dúvida de que, em relação aos efeitos produzidos, um contrato será bilateral quando houver atribuição patrimonial para ambas as partes no momento da constituição do vínculo. A divergência repousa na necessidade de tais atribuições serem apenas genéticas, principais e interdependentes entre si, de sorte que uma prestação seja a causa jurídica da outra. Nesse sentido, adverte Orlando Gomes que para alguns autores a característica da bilateralidade restaria satisfeita pela produção de obrigações para ambas as

---

[509] "O contrato, como acordo de vontades, depende sempre de duas declarações – a proposta e a aceitação. É, então, quanto à sua formação, ato bilateral, contrapondo-se às declarações unilaterais de vontade" (BESSONE, Darcy. *Do contrato:* teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 69). Podem ser, ainda, segundo a sua formação, plurilaterais, quando resultantes da manifestação de vontade de mais de dois centros de interesses, como, por exemplo, no contrato de sociedade.

[510] "Considerado sob o aspecto de sua formação, todo contrato é negócio jurídico bilateral, já que a sua constituição requer a declaração de vontade das pessoas que participam de uma e de outra parte. Encarados do ângulo de seus efeitos, subdividem-se em bilaterais e unilaterais, conforme gerem obrigações para ambos os contratantes ou para um deles somente. Não se pode confundir, portanto, a bilateralidade como elemento constitutivo (bilateralidade de manifestação de vontade) com a bilateralidade das consequências produzidas" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: contratos. v.3. 17. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.59).

[511] Sobre a classificação do mútuo, cumpre destacar o entendimento de Pontes de MIRANDA de que "o mútuo oneroso é contrato bilateral. O mútuo sem juros é contrato unilateral, sem que se possa dizer que o mutuante não tenha deveres" (*Tratado de direito privado*, t. 42, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 19).

partes, enquanto para outros, o traço distintivo dos contratos bilaterais seria a reciprocidade e a correspectividade entre as obrigações.[512]

O legislador brasileiro não definiu o que seria um contrato bilateral, nem indicou ao longo da disciplina positivada a necessidade ou não do vínculo sinalagmático para a caracterização da bilateralidade contratual.[513] Entretanto, essencial assumir uma posição, posto que a implicação desta não é meramente teórica, ao contrário, é critério classicamente utilizado para atrair a normativa aplicável. Há uma série de institutos e regras jurídicas, em tese, incidentes apenas em um ou outro tipo contratual, como a exceção de contrato não cumprido, a disciplina da evicção, dos vícios redibitórios etc.

Exatamente por isso, ou seja, pelas consequências da identificação da bilateralidade contratual – incidência da teoria dos riscos e dos remédios sinalagmáticos – torna-se relevante determinar o conteúdo do conceito que se está adotando. Desde já, explicita-se que o emprego do termo sinalagma como sinônimo de bilateralidade de efeitos de um contrato foi inicialmente adotado com o fim de evitar confusão terminológica com a bilateralidade estrutural, comum a todo e qualquer tipo de contrato. Assim, em um primeiro momento, afirmar que um contrato é sinalagmático é o mesmo que dizer que gera obrigações para ambas as partes, ou seja, que é bilateral em seus efeitos.

Faz-se tal ressalva porque a divergência acerca da caracterização da bilateralidade ou sinalagmaticidade contratual remonta a opções legislativas e definições estrangeiras, especialmente a francesa e a italiana, que tanto influenciaram os civilistas nacionais. E, nos contextos jurídicos desses países, ambos os termos – bilateralidade e sinalagma – têm significâncias distintas.

Vitor Butruce salienta que a distinção entre contratos bilaterais e unilaterais decorreu da necessidade de se definir dogmaticamente a categoria contratual sob a qual incidiriam os remédios sinalagmáticos.[514] E, nesse contexto, o *Code* francês de 1804 consagrou a distinção entre contratos bilaterais e unilaterais nos artigos 1102 e 1103, estabelecendo, reciprocamente, que o contrato é sinalagmático ou bilateral quando os contratantes se obrigam, uns para com

---

[512] GOMES, Orlando. *Contratos.* 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 71.

[513] Vale mencionar que o Esboço de Teixeira de Freitas, no artigo 441, dispunha que; "quando os contratos impuserem às duas partes obrigações recíprocas, terão a denominação de contratos bilaterais ou sinalagmáticos".

[514] BUTRUCE, Victor Augusto José. *A exceção de contrato não cumprido no direito civil brasileiro contemporâneo:* funções, pressupostos, e limites de um "direito a não cumprir". 2009. 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009, p.75.

os outros, e unilateral, quando a uma ou mais pessoas ligam-se deveres de diversas ordens, sem que existam obrigações para a outra parte.

A definição legislativa do *Code*, no entanto, mostrou-se insuficiente, na medida em que se restringiu à indicação da existência de obrigações recíprocas e, também, em virtude da constatação do fato de que alguns contratos usualmente classificados como unilaterais, podem gerar, ainda que acidentalmente, obrigações para aquela parte que, a princípio, estaria desobrigada. Assim, mantendo-se fiel à classificação do legislador, a solução doutrinária buscou o reconhecimento de uma classe intermediária, dos bilaterais imperfeitos.

Nessa perspectiva, Robert Joseph Pothier entende que a bilateralidade se perfaz apenas com a criação de obrigações para ambas as partes, afirmando que os contratos "sinalagmáticos ou bilaterais são aqueles pelos quais cada uma das partes se compromete para com a outra".[515] Nota-se que a definição adotada pelo autor, não obstante a utilização dos termos bilateralidade e sinalagmaticidade como sinônimos, não leva em consideração o momento da criação das respectivas obrigações, nem a natureza e, sobretudo, a interdependência entre as mesmas. Em conformidade com tal entendimento, o autor reconhece a categoria dos bilaterais ou sinalagmáticos imperfeitos, que seriam "aqueles em que só a obrigação de uma das partes constitui a obrigação principal do contrato".[516]

A insuficiência da definição de bilateralidade trazida pelo *Code* francês somada à contribuição doutrinária, identificando a categoria intermediária dos bilaterais imperfeitos, evidenciou a necessidade de se identificar um elemento a mais e efetivamente característico dos contratos bilaterais, o que foi feito a partir do reconhecimento da necessidade de interdependência ou nexo de correspectividade entre as obrigações.[517]

---

[515] POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das Obrigações.* Campinas: Servanda, 2001, p. 38.

[516] Afirma o autor que "nesses contratos, a obrigação que o mandatário contrata, de prestar contas de sua incumbência, ou aquelas contratadas pelo depositário, pelo que toma emprestado, ou pelo credor, não são mais que obrigações incidentes, às quais dão lugar após o contrato os gastos feitos pela outra parte para execução do mandato ou para a conservação da coisa dada a título de empréstimo, de depósito ou de amortização" (Ibid, p.38-39).

[517] Como destacado por Maria Celina BODIN DE MORAES, "não era, pois, bastante a bilateralidade definida pelo Code para a atribuição das consequências que, em contraposição à disciplina dos contratos unilaterais, o ordenamento necessitava impor e que são a própria justificativa da distinção. Esta, de fato, perde valor se nada altera em um contrato apenas a presença de obrigações recíprocas entre as partes. Em contrapartida, importará indagar, para a aplicação das normas que dizem respeito à bilateralidade, como se verá, se entre as obrigações principais existe nexo de funcionalidade, isto é, se uma é a razão jurídica da outra" (BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out-dez/2013, p. 16. Disponível em: www.civilistica.com. Data de acesso: 28/04/2014).

Na Itália, o Código de 1865 trazia, no artigo 1.099, uma definição de contrato bilateral muito próxima à do *Code*, estabelecendo que o contrato é bilateral quando os contratantes se obrigam reciprocamente uns perante os outros, sendo tal conceito já apontado pelos civilistas italianos como insuficiente. Assim, com a reforma do Código Civil de 1942, passou-se a utilizar a concepção de contratos com prestações correspectivas,[518] embora o legislador não tenha expressamente ofertado uma conceituação para contratos bilaterais.

Com isso, segundo Guido Biscontini, foi deixado a cargo da doutrina a tarefa de esclarecer a possível relação entre contrato com prestação correspectiva e contrato bilateral. Ainda segundo o autor, doutrina majoritária passou a afirmar a equivalência entre ambas as expressões, destacando, para tanto, o nexo de interdependência entre os sacrifícios suportados pelas partes.[519] Ainda no contexto italiano, complementarmente, Francesco Camilletti destaca que a existência de sinalagma caracteriza a categoria dos contratos com prestações correspectivas, de forma que, quando se faz referência aos contratos sinalagmáticos, se está comumente referindo aos contratos com prestações correspectivas.[520] O mesmo se verifica no cenário nacional.

Mesmo inexistindo consenso, os juristas, majoritariamente afirmam que o contrato bilateral é aquele no qual há obrigações genéticas e correspectivas para ambas as partes, havendo entre as mesmas um nexo de reciprocidade, de sorte que uma é a causa jurídica da outra.[521] Nessa perspectiva, Sílvio de Salvo Venosa destaca que os contratos bilaterais são aqueles nos quais são atribuídas obrigações recíprocas para ambas as partes, de sorte que "sua

---

[518] A saber, a expressão foi empregada no artigo 1.406, que versa sobre a cessão de contrato; no artigo 1.453, referente à responsabilidade por inadimplemento; no artigo 1.460, sobre exceção de contrato não cumprido; no artigo 1.463, que disciplina a resolução por impossibilidade superveniente do objeto; e no artigo 1.467, que trata da onerosidade excessiva.

[519] BISCONTINI, Guido. *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti:* il problema dela donazione mista. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p. 16.

[520] CAMILETTI, Francesco. *Profili del problemi dell´equilibrio contrattuale.* Milano: Giuffrè, 2004, p. 22.

[521] Cf.: AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 72; BESSONE, Darcy. *Do contrato:* teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p.70-71; FARIAS, Cristiano Chaves de., ROSENVALD, Nelson. *Direito dos Contratos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 263. GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 59; NADER, Paulo. *Curso de direito civil*: contratos. v. 3. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 36; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: contratos. v.3. 17. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 59-60; RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 66-68; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil:* teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. v. 2. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 414-415.

característica é o sinalagma, ou seja, a dependência recíproca de obrigações. Daí por que muitos preferem a denominação contratos sinalagmáticos".[522]

A fim de verificar o posicionamento jurisprudencial acerca da correlação entre bilateralidade contratual e sinalagma, foram realizadas duas pesquisas no banco de decisões do Superior Tribunal de Justiça utilizando as expressões "sinalagma" e "contrato bilateral".[523]

A pesquisa utilizando o termo "sinalagma" apresentou um retorno de nove acórdãos, dos quais seis proferidos em sede de recurso especial e três em sede de agravos regimentais.[524] Todas as decisões foram analisadas e nenhuma delas apresentou a definição de sinalagma e/ou de contrato bilateral, mas apenas a afirmação de que nos contratos bilaterais o sinalagma deve estar presente ao longo de todo o vínculo contratual, o que permite inferir a relação direta entre bilateralidade e sinalagmaticidade. Ademais, o termo sinalagma foi empregado com a denotação de equilíbrio.[525] Por fim, em três casos nos quais se discutia a responsabilidade dos provedores de internet,[526] foi afirmado que a gratuidade dos serviços não indicaria um contrato unilateral, mas sim, bilateral e de consumo, posto que a remuneração do provedor seria indireta e, dessa forma, o sinalagma estaria presente, não obstante, escondido.

Para a pesquisa utilizando o termo de busca "contrato bilateral" o filtro foi a palavra "civil" na ementa/indexação. Obteve-se um retorno de trinta e quatro acórdãos, dos quais quatro proferidos em sede de agravo regimental, um em recurso ordinário em mandado de segurança e os vinte e nove acórdãos restantes em sede de recurso especial.[527] Em nenhum

---

[522] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil:* teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. v. 2. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, 414.

[523] Ambas as pesquisas foram realizadas em 18/08/2015. Destaca-se que a pesquisa se limitou aos acórdãos, não tendo sido analisadas as decisões monocráticas.

[524] REsp 1.511.640; REsp 1.253.262; REsp 995.375; REsp 1.316.921; REsp 1.300.161; REsp 1.192.208; AgRg no AREsp 426.391; AgRg no Ag 1.359.604; AgRg no REsp 1.064.832.

[525] Os três acórdãos proferidos em sede de agravo regimental versavam sobre parcelamento de débitos de consumidores em contrato de fornecimento de serviço essencial (água). E, em todos foi afirmada a possibilidade de o juiz intervir na relação contratual, determinando o parcelamento do débito, "a fim de reequilibrar o sinalagma", possibilitando o recebimento da contraprestação devida e da continuidade do serviço. (AgRg no AREsp 426.391; AgRg no Ag 1.359.604; AgRg no REsp 1.064.832).

[526] REsp 1.316.921; REsp 1.300.161; REsp 1.192.208.

[527] REsp 660.413; REsp 735.034; REsp 1.331.115; REsp 823.559; REsp 1.234.321; REsp 826.781; REsp 1.212.026; REsp 1.086.989; AgRg no REsp 1.121.332; AgRg no Ag 732.004; AgRg no Ag 454.513; REsp 712.343; REsp 836.158; REsp 730.626; REsp 821.008; REsp 626.053; REsp 703.123; REsp 661.145; REsp 642.088; REsp 364.168; RMS 8.827; REsp 213.077; REsp 250.107; REsp 252.013; REsp 196.967; REsp 136.712; REsp 146.513; AgRg no AgRg no Ag 190.860; REsp 86.336; REsp 61.572; REsp 24.328; REsp 11.756; REsp 5.213; REsp 5.301.

dos acórdãos foi apresentada uma definição para contrato bilateral, tendo sido a expressão, na maioria das vezes, empregada para caracterizar o contrato objeto da controvérsia.

Em dois acórdãos foi utilizada a expressão "contrato bilateral sinalagmático"[528] e em uma decisão foi adotada a expressão "contrato bilateral e sinalagmático",[529] o que poderia indicar tratar-se de duas características distintas que nas espécies analisadas apareciam em conjunto. Mas, sendo usual entre os juristas nacionais que defendem ser o sinalagma característica essencial para a configuração da bilateralidade a utilização conjunta das expressões, não parece seguro afirmar que estariam sendo enfatizadas características distintas, especialmente porque em outras três decisões a expressão sinalagmaticidade foi empregada para indicar bilateralidade contratual.[530]

Em síntese, seja consentido afirmar que, majoritariamente, doutrina e jurisprudência pátrias tratam bilateralidade, sinalagmaticidade e correspectividade de prestações principais como sinônimas. Segundo essa orientação, a expressão contrato bilateral designa contratos nos quais, desde a sua formação, impõem deveres e obrigações principais, recíprocos e correspectivos entre as partes, de sorte que a prestação entre os contratantes liga-se por um nexo de interdependência, sendo uma a causa jurídica da outra.[531]

Em conformidade com tal posicionamento, os contratos bilaterais imperfeitos são caracterizados e submetidos à disciplina dos contratos unilaterais.[532] Os bilaterais imperfeitos

---

[528] REsp 735.034 e REsp 703.123.

[529] REsp 1.331.115.

[530] No REsp 826.781, com apoio nos ensinamentos de Carlos Alberto Carmona (Código de processo civil interpretado. Antônio Carlos Marcato (Coord.). 3 ed. São Paulo: Atlas, p. 1914), foi destacado que: "Nos contratos bilaterais (sinalagmáticos, portanto) à prestação de uma parte corresponde contraprestação da outra, de tal sorte que o credor também é devedor: se o credor (que é devedor) não quer cumprir sua prestação, o devedor (que é credor) também pode legitimamente resistir ao cumprimento de sua parte na avença" (STJ, 4T. REsp 826.781. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. DJe: 25/02/2011, p.7). No REsp 1.086.989, a Ministra Relatora, em seu voto, ao refutar a tentativa da parte recorrente em desqualificar um contrato de compra e venda em favor de terceiro, afirma que, se existisse a obrigação de contraprestação do beneficiado, como requisito para o recebimento do benefício, indicaria um outro tipo de contrato, de natureza sinalagmática. (STJ, 3T. REsp. 1.086.989. Rel. Min. Nancy Andrigui. DJe: 05/03/2010). Por fim, no REsp 703.123, foi afirmado que em contrato bilateral sinalagmático "ambos os contratantes têm o dever de cumprir, recíproca e concomitantemente, as prestações e obrigações por eles assumidas" (STJ, 3T. REsp 703.123. Rel. Min. Nancy Andrigui. DJ: 02/05/2005).

[531] Darcy BESSONE é enfático nesse ponto, advertindo que para a configuração da bilateralidade "é necessário que não se trate de obrigação secundária ou sem correlação com a do outro contratante. Deve haver interdependência entre as obrigações, servindo umas de causa das outras" (*Do contrato*: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p.71).

[532] Nas palavras de Paulo NADER: "Alguns autores dividem os sinalagmáticos em perfeitos e imperfeitos. Nos primeiros, as obrigações principais e correlativas se manifestariam já na formação dos vínculos contratuais, enquanto nos segundos, *per accidens*, apenas no curso de sua execução, como no comodato, que é contrato de

seriam originalmente unilaterais, surgindo, no curso de sua vigência e acidentalmente, obrigações para a parte que não as havia assumido no momento do aperfeiçoamento do vínculo, como, por exemplo, despesas para a conservação do bem em depósito, as quais deverão ser restituídas pelo depositante. Exatamente porque tais obrigações supervenientes não constituem objeto principal do contrato, bem como não guardam nexo de interdependência com a obrigação principal e genética (esta, sim, principal) da outra parte, não constituindo, portanto, uma contraprestação mantém a natureza de contratos unilaterais.

Nessa sede os três termos – bilateralidade, correspectividade e sinalagmaticidade – estão sendo utilizados indistintamente para indicar os contratos produtores de atribuições patrimoniais interdependentes para ambas as partes. Sem romper com o posicionamento majoritário, ressalta-se, entretanto, que tal interdependência entre prestações principais deverá ser identificada no processo de interpretação e qualificação do contrato em concreto.

4.3.2. Identificação e conteúdo do vínculo de correspectividade

O estabelecimento da sinonímia entre correspectividade, bilateralidade e sinalagmaticidade, expressões aptas a designar a existência de prestações principais e originárias interdependentes, por si só, não resolve o problema da identificação de tal vínculo, essencial para a verificação do equilíbrio funcional, diante de contratos objetivamente complexos.

Em que pese tudo o que já foi sublinhado acerca do método de qualificação do contrato, vale expressar que a identificação do vínculo de correspectividade é tarefa destinada ao intérprete, a ser realizada no seio do procedimento unitário de interpretação e qualificação. Tal opção justifica-se, não apenas por uma questão de coerência metodológica, mas, também, fática, visto que a complexidade inerente às obrigações e aos contratos inviabiliza o emprego da técnica subsuntiva. Nesse sentido, Vitor Butruce conclui que:

> Compreendida a obrigação como algo complexo, contínuo, e, mais do que isso, destinado ao atendimento de um escopo, a identificação pelo intérprete de quais obrigações são correspectivas entre si deve escapar ao raciocínio tradicional dos elementos essenciais, em prol de uma percepção concreta, caso a caso, baseada na

---

empréstimo gratuito, quando surgem despesas para o comodatário. A obrigação que nasce para o credor, no curso da relação, não transforma o contrato unilateral em sinalagmático, porque neste a prestação e a contraprestação são correspondentes e tal fato não se opera quando a obrigação é meramente acidental e superveniente" (*Curso de direito civil*: contratos. v. 3. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 36).

> atenciosa interpretação da declaração negocial produzida pelos contratantes. Afasta-se, dessa maneira, uma identificação puramente abstrata de qual obrigação é contraposta a outra, que tome como parâmetro único os essentialia negotii fornecidos pelo legislador.[533]

Por essa razão, entende-se que o posicionamento tradicional de que tal vínculo é estabelecido entre as prestações principais assumidas por cada uma das partes, deve ser revisto ou, ao menos, melhor esclarecido, a fim de incorporar uma análise estrutural sistêmica e, principalmente, a partir da adoção de uma perspectiva funcional, afastar a ideia de que a correspectividade é fixada entre as prestações principais, segundo remissão aos tipos abstratos.

A situação jurídica obrigacional pode ser encarada de forma simples ou complexa. Ambas as formas dizem respeito a uma análise estrutural, atenta aos elementos que compõem a relação obrigacional. A diferença, no entanto, está em que a primeira observa apenas os elementos essenciais do tipo abstrato, ao passo que a segunda leva em consideração todos os elementos que se fazem presentes, ganhando relevância em concreto.

Encarando a relação obrigacional de forma simples, o intérprete concentra a sua atenção no "vínculo entre o credor e o devedor, que se traduz no poder do primeiro de exigir uma prestação, que o segundo tem o dever de realizar".[534] Trata-se, segundo a nomenclatura adotada por Clóvis do Couto e Silva, da relação obrigacional *stricto sensu*, cuja definição considera apenas "os elementos que compõem o crédito e o débito, como faziam os juristas romanos".[535] Por outro lado, a relação obrigacional compreendida de forma sistêmica, em sua particular complexidade, abrange "todos os direitos, inclusive os formativos, pretensões e ações, deveres (principais e secundários, dependentes e independentes), obrigações, exceções e, ainda posições jurídicas".[536]

Defende-se que é sob esse último prisma que deve ser encarada a relação obrigacional, notadamente a contratual, seja porque em sua simplicidade (crédito x débito) é apenas parte integrante do complexo unitário e sistêmico que é a relação obrigacional, seja porque "considerada em si mesma, a relação obrigacional simples é mera abstração; aquilo que

---

[533] BUTRUCE, Victor Augusto José. *A exceção de contrato não cumprido no direito civil brasileiro contemporâneo:* funções, pressupostos, e limites de um "direito a não cumprir". 2009. 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009, p.92.

[534] NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 92.

[535] COUTO E SILVA, Clovis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p.19.

[536] Ibid, p.19.

encontramos na vida real são relações obrigacionais complexas".[537] Mencione-se, ainda, que tal classificação tornou-se de toda inócua, posto que na contemporaneidade, toda obrigação é objetivamente complexa em virtude de compreender, para além da prestação principal, deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva.[538]

A disciplina tipificada dos contratos ilustra o que se está a afirmar. Um contrato de locação de imóvel, por exemplo, em sua simplicidade estrutural, representa um vínculo entre locador e locatário; em decorrência dele, o locador tem a obrigação principal de ceder o uso do bem e o locatário de pagar o aluguel. Já em sua complexidade, para além das prestações principais, pode incluir o dever de respeitar as normas estabelecidas na convenção de condomínio, se for o caso; o dever de pagar os impostos incidentes sobre o imóvel; o dever de conservação do bem etc.

Ocorre que a relação obrigacional é complexa, envolvendo, além dos direitos subjetivos e seus correspondentes deveres jurídicos, direitos protestativos, ônus jurídicos, expectativas de direito, enfim, outras situações jurídicas. Em atenção a estas, usualmente as obrigações (ou prestações) são classificadas em principais ou primárias, em secundárias ou instrumentais e, em anexas, laterais ou fiduciárias.

As do primeiro tipo seriam dirigidas a realização das prestações específicas e predeterminadas no momento constitutivo do vínculo, tidas, por essa razão, como principais; as do segundo tipo seriam servientes à realização das primeiras, por isso denominadas instrumentais. Por fim, as anexas seriam derivadas da cláusula geral de boa-fé objetiva, perfazendo os deveres de conduta. Em um contrato de importação de determinada mercadoria, por exemplo, as prestações principais seriam o pagamento do preço e a entrega da coisa. Como prestação secundária ou instrumental, poder-se-ia citar a autorização para o ingresso do bem no mercado nacional e os dentre os deveres anexos, estaria o dever de informação.

Em abstrato, cogita-se da correspectividade entre prestações principais apenas, na medida em que as secundárias ou instrumentais podem não existir ou, existir somente para uma das partes. Porém, em concreto, não se afigura razoável a exclusão das demais, seja para

---

[537] NORONHA, Fernando, op. cit., p. 92.

[538] Como destacado por Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, "nesta classificação tradicional do direito das obrigações, levam-se em conta apenas as prestações principais, expressas pelas partes no momento de constituição da relação obrigacional, e não aqueles deveres impostos pelo ordenamento jurídico como os deveres anexos, que derivam da boa-fé objetiva" (TEPEDINO, Gustavo, SCHREIBER, Anderson. AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código civil comentado:* direito das obrigações (arts. 233 a 420). v. 4. São Paulo: Atlas, 2008, p.19).

fins de caracterização da bilateralidade contratual, seja para a qualificação do pacto e individualização da normativa aplicável e, especialmente para os fins aqui pretendidos, para a verificação do equilíbrio.

Não se está colocando em discussão que o vínculo de correspectividade ou de sinalagmaticidade seja característica essencial para a configuração da bilateralidade. O que se está pondo em destaque é o fato de que, na verdade, a bilateralidade é consequência do vínculo de correspectividade, e não o inverso. E, mais ainda, que a sua identificação fica a cargo do intérprete, em observância ao plexo negocial estabelecido entre as partes, visto inexistirem critérios seguros para a determinação em abstrato de quais obrigações ou prestações são correspectivas e interdependentes entre si. Consequentemente, tal identificação só poderá ser realizada no bojo do procedimento de interpretação contratual, considerando-se o que as partes expressamente tiverem apontado, bem como os recursos hermenêuticos disponíveis e aplicáveis.

Além de optar por uma análise do perfil estrutural em sua complexidade, deve-se priorizar o aspecto funcional da relação obrigacional. E, nessa perspectiva dinâmica, através da qual a relação obrigacional é apreendida como um processo, mais uma vez refuta-se a determinação apriorística e abstrata de certa qualidade da prestação – principal, secundária ou anexa – para a determinação da sua bilateralidade. A depender da finalidade prática perseguida pelas partes é que as prestações ganharão *status* de principais, instrumentais ou anexas. Um caso concreto ilustrará melhor o que se está defendendo.

A disputa que originou o Recurso Especial 152.497,[539] relatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, evidencia a relevância da vontade das partes e do contexto negocial para a identificação do vínculo de correspectividade e da atração da disciplina jurídica, em especial atenção à manutenção do equilíbrio.

Tratava-se de um contrato de reserva de localização (*res sperata*),[540] celebrado entre um futuro lojista e o empreendedor. Por esse contrato, usualmente celebrado antes da construção do empreendimento, o futuro lojista se obriga a pagar certa quantia periódica, durante a fase de construção do prédio, permitindo ao empreendedor reunir os recursos

[539] STJ, 4T. REsp. 152.497/SP. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, v. u., j. 15/8/2002.

[540] Gustavo TEPEDINO explica que a *res sperata* é forma de "remunerar a atividade de organização e planejamento posta à disposição do conjunto de lojas, independentemente do fundo de comércio pertencente ao lojista e que se traduz nas luvas, hoje asseguradas pela Lei 8.245/91" (Anotações à Lei do Inquilinato (arts. 1º ao 26). In: *Temas de direito civil.* 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.161-199, p. 169).

necessários para a construção, bem como estabelecer o *tenant mix,*[541] que vem a ser, em suma, a disposição estratégica das lojas. Em contrapartida, o empreendedor se obriga a disponibilizar "o espaço que poderá ser utilizado em razão de contrato de locação que será celebrado".[542]

O lojista, já instalado no shopping e com o seu negócio em funcionamento, interrompeu o pagamento das parcelas referentes à *res sperata*, o que motivou o ajuizamento, pelo empreendedor, da execução de título extrajudicial. Em Embargos o lojista alegou a inexigibilidade da dívida, em virtude de o empreendedor não ter angariado lojas âncoras para o empreendimento. O Tribunal de origem entendeu que o lojista poderia rescindir o contrato, ou permanecer no shopping, pagando integralmente a *res sperata*. No Superior Tribunal de Justiça prevaleceu entendimento diametralmente oposto.

Em uma análise estrutural simples, o vínculo de correspectividade seria estabelecido entre o pagamento das parcelas e a disponibilização do espaço pelo shopping, indicando o inadimplemento do lojista. Já em uma análise ainda estrutural, porém sistêmica, todo o conteúdo do *tenant mix* integraria o que se chama de prestação principal. Assim, não obstante a disponibilização do espaço, restaria configurado inadimplemento do empreendedor, posto não ter cumprido com a proposta de atração de lojas âncoras. E, em uma análise funcional, seria identificada a finalidade prática do negócio, que é a locação do espaço, sendo a *res sperata* instrumental a tal objetivo. Com isso, mesmo reconhecendo-se que em razão desta última o lojista incorpore parcela do risco do negócio, o plexo negocial mantém uma natureza comutativa e, mais do que isso, não exonera o empreendedor de suas responsabilidades.

Em seu voto, o relator, após destacar a complexidade do negócio jurídico em questão, asseverou que tal complexidade não acarretava a perda da unidade do negócio, em virtude de sua finalidade principal, que é a instalação de uma loja no ambiente do shopping. E, em atenção a essa finalidade principal, decidiu que o lojista poderia suspender o pagamento da *res sperata*, sem que houvesse a necessidade de resolução contratual.

---

[541] Conforme explica Gustavo TEPEDINO, o *tenant mix* compreende "a disposição estratégica das lojas, de acordo com o gênero de produtos oferecidos, bem como as escadas rolantes, os banheiros, os serviços de apoio, de modo a assegurar uma máxima utilização da estrutura organizacional e do potencial econômico, em benefício de toda a comunidade de lojistas. Normalmente, organizam-se tais centros com lojas-âncora, as mais importantes para a atração de clientela comum – lojas de departamento, em geral – e lojas-satélites, que oferecem artigos específicos e variados, ao lado de centro de lazer, com cinemas, teatros, pequenos parques de diversão, igualmente destinados à atração de potenciais compradores" (Ibid, p. 168-169).

[542] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito pós-moderno e contratos de shopping center. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção., GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Temas de direito civil-empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 57-104, p. 91.

Em atenção ao contexto negocial, destacou que "se o empreendedor não cumpre com a promessa – expressa ou implícita, porque inerente ao negócio – de destinar um dos espaços para a instalação de loja âncora, fator determinante do negócio e da própria escolha do local, não há como deixar de considerar a regra do art. 1092 do CC". Em seguida, esclareceu que, se a finalidade principal do negócio ainda podia ser alcançada, não estaria o lojista obrigado à resolução. Em suma, foi entendido que a obrigação de instalar loja âncora integrava o vínculo de correspectividade e, sendo assim, não obstante o lojista ter recebido a unidade comercial, foi permitida a suspensão do pagamento da *res sperata* e mantido o contrato.[543]

Vale mencionar também a conexão contratual, situação cada vez mais comum na atividade negocial contemporânea e que, segundo Caio Mário da Silva Pereira, apresenta-se como "resultado de uma hipercomplexidade contratual que decorre da necessidade de concretização de interesses cada vez mais intrincados e que devem conectar-se com outras situações jurídicas que a estes interesses estejam ligados".[544]

Apesar da heterogeneidade de expressões e definições para o fenômeno, influenciados, sobretudo, pela experiência estrangeira,[545] o termo é aqui empregado para designar contratos que são funcionalmente coligados. Orlando Gomes, sob a influência da doutrina italiana, resume o fenômeno na ideia de união com dependência, concluindo que "os contratos coligados são queridos pelas partes contratantes como um todo. Um depende do outro de tal modo que sirvam à individualidade própria".[546]

Essa dependência, segundo o mesmo jurista, pode ser recíproca ou não, em virtude da eventual existência de um vínculo de correspectividade entre os contratos. Se a dependência

---

[543] Em outro precedente envolvendo situação fática muito semelhante, o STJ entendeu que a instalação de lojas âncoras configurava promessa de fato de terceiro e que o seu descumprimento ensejava inadimplemento contratual, a dar causa a responsabilidade contratual e a resolução, como se depreende da ementa: "DIREITO CIVIL. SHOPPING CENTER. INSTALAÇÃO DE LOJA. PROPAGANDA DO EMPREENDIMENTO QUE INDICAVA A PRESENÇA DE TRÊS LOJAS-ÂNCORAS. DESCUMPRIMENTO DESSE COMPROMISSO. PEDIDO DE RESCISÃO DO CONTRATO. [...]. 2. A promessa, feita durante a construção do Shopping Center a potenciais lojistas, de que algumas lojas-âncoras de grande renome seriam instaladas no estabelecimento para incrementar a frequência de público, consubstancia promessa de fato de terceiro cujo inadimplemento pode justificar a rescisão do contrato de locação, notadamente se tal promessa assumir a condição de causa determinante do contrato e se não estiver comprovada a plena comunicação aos lojistas sobre a desistência de referidas lojas, durante a construção do estabelecimento. 3. Recurso especial conhecido e improvido" (STJ, 3T. REsp. 1.259.210/RJ, Rel. Min. Nancy Andrigui, J.: 26/6/2002).

[544] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: contratos. v.3. 17. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 68.

[545] Cf.: KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos:* grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.93-148.

[546] GOMES, Orlando. *Contratos.* 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 104.

for recíproca, os contratos, em que pese manterem a sua autonomia, "condicionam-se, reciprocamente, em sua existência e validade. Cada qual é a causa do outro, formando uma unidade econômica. Enfim, a intenção das partes é que um não exista sem o outro".[547] Inexistindo tal reciprocidade, ou seja, configurando-se uma união com dependência unilateral, apenas um dos contratos depende do outro, perfazendo, na verdade, uma relação de subordinação, mas mantendo a individualidade dos contratos.[548]

Para os fins aqui pretendidos, ou seja, para a aferição do equilíbrio funcional dos contratos, importa especialmente a conexão correspectiva entre os contratos, seja ela necessária ou genética – quando imposta por lei – ou voluntária,[549] desde que perfaça uma rede contratual interdependente. A importância da verificação da conexão contratual para fins de verificação do equilíbrio reside no fato de que, mesmo que cada um dos contratos apresente um sinalagma próprio e aparentemente equilibrado, pode ocorrer que um contrato só alcance tenha a sua finalidade prática subordinada ou dependente de outro contrato.[550]

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de enfrentar questão dessa natureza no Recurso Especial 985.531, oriundo de uma ação de execução promovida pela Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga em face do Auto Posto Copacabana. Em síntese, a exequente concedeu em maio de 1996 empréstimo à executada, com o propósito de auxiliar o incremento da comercialização dos produtos da marca Ipiranga no Auto Posto Copacabana. Foi convencionada a restituição da quantia em 48 prestações mensais, das quais apenas 24 foram adimplidas, fato que ensejou a execução.

Em Embargos, o Auto Posto Copacabana alegou a inexistência de força executiva do contrato de financiamento, sob o fundamento principal da *exceptio non adimpleti contractus*. Afirmou que foram celebrados dois contratos conexos, o de financiamento e o de fornecimento de produtos, ambos coligados a um só fim, consistente na comercialização com

---

[547] Ibid.

[548] Ibid.

[549] GOMES, Orlando, op. cit., p. 104.

[550] Sobre esse ponto, vale a ressalva feita por Francisco Paulo de Crescenzo Marino, nos seguintes termos: "mesmo quando há diversidade de contraprestação, de modo que cada contrato apresente um sinalagma próprio, com prestação e contraprestação em aparente equilíbrio, pode perfeitamente ocorrer que o valor de uma ou de todas as prestações previstas dependa do conjunto contratual, ou ainda, que a prestação isoladamente considerada não tenha valor algum para a parte credora. De que adiantará para a distribuidora de combustíveis o fato de a revendedora adimplir o comodato pactuado, ou mesmo pagar o aluguel convencionado, se não adquirir os produtos daquela? (MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 200).

exclusividade dos produtos da marca Ipiranga e que, pelo segundo contrato, a distribuidora teria se obrigado a fornecer todo o combustível necessário a um preço que garantisse a lucratividade do posto. Essa obrigação, segundo a exequente, foi descumprida, o que teria dado causa ao inadimplemento do contrato de financiamento.

O juízo de primeiro grau julgou os Embargos à Execução parcialmente procedentes, apenas para limitar os juros moratórios e o Tribunal, por maioria, os julgou procedentes, ensejando a oposição de Embargos Infringentes, que foram rejeitados. Interposto o Recurso Especial, a Terceira Turma, em atenção à unidade de interesses dos contratos celebrados entre as partes, por unanimidade, entendeu tratar-se de conexão contratual, tendo sido acolhida a tese defensiva com base na exceção de contrato não cumprido. [551]

O equilíbrio funcional dos contratos, como já referido, em seu perfil objetivo, é conformado pelos aspectos econômico e normativo, de sorte que o conteúdo do contrato em sua globalidade deve ser considerado. Assim, o vínculo de correspectividade permite também distinguir, dentro do perfil objetivo do princípio, o que é referente ao aspecto econômico das prestações e o que toca o aspecto normativo, facilitando a operacionalização do princípio.

Em síntese, com base na premissa da funcionalização das obrigações e dos contratos, entende-se que todo o conteúdo contratual importa para a aferição do equilíbrio, seja para a incidência do princípio do equilíbrio funcional dos contratos, seja para atrair os remédios positivados com esse fim. Ressalta-se que nem todas as obrigações presentes em um contrato bilateral serão correspectivas entre si, embora todas sejam relevantes para o equilíbrio funcional dos contratos.

4.3.3. Correspectividade e natureza do contrato

[551] Ementa: [...] CONTRATOS COLIGADOS. UNIDADE DE INTERESSES ECONÔMICOS. RELAÇÃO DE INTERDEPENDÊNCIA EVIDENCIADA. EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO. TÍTULO EXECUTIVO. INEXIGIBILIDADE. [...] 4. A unidade de interesses, principalmente econômicos, constitui característica principal dos contratos coligados. 5. Concretamente, evidenciado que o contrato de financiamento se destinou, exclusivamente, à aquisição de produtos da Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga, havendo sido firmado com o propósito de incrementar a comercialização dos produtos de sua marca no Posto de Serviço Ipiranga, obrigando-se o Posto revendedor a aplicar o financiamento recebido na movimentação do Posto de Serviço Ipiranga, está configurada a conexão entre os contratos, independentemente da existência de cláusula expressa. 6. A relação de interdependência entre os contratos enseja a possibilidade de arguição da exceção de contrato não cumprido (STJ, 3T. REsp. 985.531/SP. Rel. Min. Vasco Della Giustina (Des. convocado), v. u., Dj: 01/09/2009).

A existência de prestações correspectivas é útil para a determinação da natureza do contrato, visto permitir a reunião de determinados tipos como classe e, principalmente, a identificação do vínculo de correspectividade, e a análise do seu conteúdo instrumentaliza uma caracterização mais refinada do pacto.

Inicialmente, a presença de um sistema de contrapartidas indica a bilateralidade e a onerosidade contratual, vez que, não obstante serem classificações distintas, havendo prestações correspectivas, o contrato será bilateral e oneroso. Por outro lado, embora bastante usual a correlação entre unilateralidade de efeitos e gratuidade contratual, bem como entre onerosidade e bilateralidade, trata-se de mera coincidência, que não autoriza qualquer tipo de afirmação generalizante. Como destacado por Caio Mário da Silva Pereira, "o fundamento das classificações difere: uma tem em vista o conteúdo das obrigações, e outra, o objetivo colimado".[552]

Oneroso é o contrato em que ambas as partes visam obter vantagens e suportam algum tipo de sacrifício em benefício da outra parte; e gratuito é o contrato no qual apenas uma das partes obtém vantagem, ao passo que outra suporta um sacrifício. Os contratos gratuitos podem ser subdivididos em gratuitos propriamente ditos ou de pura liberalidade, e em desinteressados. Nos do primeiro tipo, aquele que faz a liberalidade suporta um sacrifício patrimonial, como no caso da doação. Já nos contratos desinteressados, não há deslocamento patrimonial.

A relevância da distinção entre contratos onerosos e gratuitos repousa nas consequências práticas em virtude das diferentes disciplinas que um ou outro irão atrair acerca da responsabilidade, da distribuição de riscos, das regras de interpretação etc. Não obstante isso, para os fins aqui pretendidos, é mais importante estabelecer a distinção e a autonomia conceitual entre onerosidade e bilateralidade – compreendida como correspectividade.

O Código Civil italiano de 1865, em seu artigo 1101,[553] contribuiu para tanto, ao adotar como elemento diferenciador o equivalente da vantagem auferida, de sorte que oneroso é o contrato que onera ambas as partes e gratuito o que onera uma única parte. Depreende-se,

---

[552] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: contratos. v.3. 17. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 60. De forma semelhante, Guido BISCONTINI conclui que a onerosidade leva em conta a "qualidade da aquisição" e não a "qualidade do ato" (*Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti:* il problema dela donazione mista. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p. 30).

[553] "È a titolo oneroso quel contrato nel quale ciascuno dei contraenti intende, mediante equivalente, procurasi um vantaggio: a titolo gratuito o di beneficenza quello in cui uno dei contraenti intende procurare um vantaggio all´altro senza equivalente". Em tradução livre: "É a título oneroso o contrato em que qualquer uma das partes pretende, mediante equivalente, obter qualquer tipo de vantagem; a título gratuito ou de beneficência, aquele em que uma das partes tem a intenção de beneficiar alguém sem obter vantagem equivalente".

pois, que o contrato bilateral será sempre oneroso, na medida em que produz efeitos para ambas as partes envolvidas, mas, o inverso não se verifica.[554]

A onerosidade, além de não pressupor a correspectividade, salvo quando integrante do tipo, é característica acessória, não integrando a individualização funcional do contrato, podendo faltar ou estar presente, sem que isso seja determinante para a qualificação do tipo contratual. A identificação do caráter oneroso, por exemplo, mostra-se insuficiente para a distinção entre a compra, a venda e a locação, embora seja útil para distinguir esta última de um comodato.

Assim, mesmo reconhecendo a contrapartida como índice do tipo negocial, sendo útil para a distinção dos contratos gratuitos dos onerosos, bem como para a caracterização dos contratos comutativos e sinalagmáticos,[555] entende-se que o essencial para o procedimento de qualificação, bem como para a individualização da normativa aplicável é a correspectividade.[556] Nesse sentido, Pedro Pais de Vasconcelos é categórico ao afirmar que "a estipulação de uma contraprestação, de uma deslocação patrimonial de sentido contrário, não significa, por si só, que uma seja o correspectivo ou a contrapartida da outra".[557]

Tal observação nos remete à problemática dos contratos modais que, não obstante a presença de uma espécie de obrigação de dar, fazer, ou não fazer, que irá limitar a vantagem para aquele que se beneficia do contrato, não se pode falar em contraprestação propriamente dita. O encargo ou modo, elemento acidental do negócio jurídico, "é o ônus imposto a uma liberalidade com o fim de limitá-la",[558] mas sem que isso represente uma vantagem patrimonial equivalente.

---

[554] Nesse sentido, Orlando GOMES afirma que "os contratos onerosos são bilaterais, e os gratuitos, unilaterais, mas a coincidência não é necessária. Todo contrato bilateral é, entretanto, oneroso, por isso que, suscitando prestações correlatas, a relação entre vantagem e sacrifício decorre da própria estrutura do negócio jurídico. Há, porém, contratos unilaterais que não são gratuitos" (*Contratos.* 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 74).

[555] VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 145.

[556] Como destacado por Guido BISCONTINI, a correspectividade "è modo di essere del rapporto giuridico patrimoniale, e più in generale de um determinato assetto di interessi che fornisce um elemento di valutazione essenziale al fine dela qualificazione e dela conseguente disciplina" (*Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti:* il problema dela donazione mista. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p. 30-31).
Em tradução livre: "É uma forma de ser da relação jurídico patrimonial e, mais genericamente, de uma determinada ordem de interesses que fornece um elemento essencial para fins de qualificação e da consequente disciplina".

[557] VASCONCELOS, Pedro Pais de, op. cit., p. 146.

[558] AMARAL, Francisco. *Direito Civil:* Introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 502.

Francesco Camilletti destaca que a diferença entre contraprestação e ônus (encargo) reside especificamente no fato de que a primeira representa um correspectivo que o contratante deve ao outro em virtude da prestação recebida, ao passo que o segundo é uma mera limitação ao direito à prestação do beneficiário, cujo sacrifício não guarda relação de causalidade recíproca com aquele do obrigado.[559]

Ainda que gratuidade e unilateralidade não se confundam, a maioria dos contratos gratuitos são também unilaterais e, esses últimos, assim como os bilaterais, devem também ser equilibrados. O legislador, ao disciplinar o instituto da onerosidade excessiva, por exemplo, expressamente prevê a possibilidade de revisão do pacto se a prestação se tornar excessivamente onerosa.[560] Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes explicam que, não obstante não se poder falar em desequilíbrio entre prestações correspectivas, tendo em vista a inexistência das mesmas, verifica-se um "desequilíbrio entre a obrigação que fora originalmente projetada pelo devedor e a sua configuração no momento em que o respectivo cumprimento se tornou devido".[561]

O mesmo pode-se verificar na disciplina do estado de perigo, aplicável tanto aos contratos bilaterais, quanto aos unilaterais, bem como aos negócios jurídicos unilaterais. A assunção de obrigação excessivamente onerosa constitui o elemento objetivo do estado de perigo e, não obstante tratar-se de vício do consentimento, a interpretação dada à norma é no sentido de que a mesma visa a proteger o equilíbrio entre as prestações, quando se tratar de contrato bilateral, ou a proporcionalidade da obrigação assumida, nas hipóteses de contratos e de negócios jurídicos unilaterais. Tanto é assim que, em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, impede-se a invalidação do negócio se a outra parte oferecer

---

[559] CAMILETTI, Francesco. *Profili del problemi dell´equilibrio contrattuale.* Milano: Giuffrè, 2004, p. 31.

[560] Art. 480, CC. Se no contrato as prestações 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.
A mesma racionalidade pode ser extraída do artigo 317, cuja incidência não está adstrita aos contratos bilaterais (Art. 317, CC. 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).

[561] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República:* teoria geral dos contratos, contratos em espécie, atos unilaterais títulos de crédito, responsabilidade civil e privilégios creditórios (arts. 421 a 965). vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 134.

suplemento suficiente para equilibrar as prestações, ou concordar com a redução do seu proveito.[562]

Em suma, no ordenamento jurídico brasileiro, a obrigação assumida, mesmo em um contrato unilateral, deve ser razoável, equilibrada e proporcional, não havendo razão para desconsiderar as prestações secundárias de um contrato bilateral ou, ainda, as obrigações eventuais surgidas no curso de um contrato unilateral. Se os contratos unilaterais não estão imunes à incidência do princípio do equilíbrio contratual, que dirá os bilaterais imperfeitos. Contudo, assim como ocorre com os contratos unilaterais, nos bilaterais imperfeitos a apreciação do equilíbrio contratual levará em conta a própria fórmula contratual.

Cumpre ainda mencionar que os contratos onerosos, assim classificados em atenção à existência de prestações correspectivas, podem ser de duas espécies: comutativos e aleatórios. Tradicionalmente, aponta-se como traço distintivo entre um e outro a determinação da prestação a cargo de cada uma das partes e, em consequência desta, a probabilidade de ganhos e perdas, ou seja, o resultado patrimonial concreto da avença.

Essa distinção também deve ser feita em concreto e, mais uma vez, o vínculo de correspectividade desempenha papel fundamental. Mais precisamente, a correspectividade econômica que, segundo Francesco Camilletti,[563] reflete a avaliação das partes acerca da relação de custo-benefício do valor das respectivas prestações, ou seja, o resultado do cotejo entre a diminuição patrimonial advinda do cumprimento da prestação e o aumento patrimonial decorrente do recebimento da contraprestação, bem como a certeza acerca de tais resultados, indicará a natureza comutativa ou aleatória do contrato.

Nos contratos comutativos, o vínculo de correspectividade é estabelecido diretamente entre as prestações, enquanto que nos contratos aleatórios, o risco ou álea figura como intermediário. Nesses, uma prestação se justifica e desempenha a sua própria função em razão do risco que, incidindo diretamente sobre os interesses dos contratantes, caracteriza a própria função econômica do contrato, ou, a sua causa.

Um contrato de compra e venda, no qual ambas as partes conheçam no momento da celebração do contrato a coisa que será transferida e o preço que será pago, terá natureza comutativa. Por outro lado, uma compra e venda, na qual a coisa a ser transferida e/ou o preço

---

[562] Trata-se da aplicação por analogia do §2º do artigo 157, que dispõe: "Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito". Nesse sentido, o Enunciado 148 do Conselho de Justiça Federal dispõe que "ao estado de perigo (art. 156) aplica-se, por analogia, o §2º do artigo 157".

[563] CAMILETTI, Francesco. *Profili del problemi dell´equilibrio contrattuale.* Milano: Giuffrè, 2004, p. 23.

a ser pago não são conhecidos no momento da celebração do pacto, em virtude de dependerem de um evento futuro e incerto, anterior à execução, será aleatório.

Como se vê, a distinção não deriva de uma análise meramente estrutural e estática do negócio, com vistas a identificar se as prestações são certas, determinadas ou determináveis no momento da celebração, mas sim, de uma análise funcional, atenta à verificação ou não de uma álea, condicionando o resultado final do negócio. Como destacado por Paula Greco Bandeira, nos contratos aleatórios "as partes perseguem com o concreto negócio resultado final (em termos de atribuição patrimonial) incerto, cujo desfecho dependerá da ocorrência do evento estipulado".[564] Assim, a presença da álea é que caracterizará o contrato como aleatório, bem como a sua ausência indicará a comutatividade.[565]

Observe que, em ambos os contratos, a avaliação da relação de correspectividade econômica é feita quando da conclusão do contrato, razão pela qual se refuta a ideia de que nos comutativos há certeza quanto aos ganhos e às perdas desde a celebração do pacto, ao passo que, nos aleatórios, haveria incerteza. A diferença está em que, inexistindo álea, ou seja, sendo estabelecido um vínculo de correspectividade direto entre as prestações, a avaliação pode ser integralmente feita *ex ante*.

Por outro lado, havendo álea, não obstante o fato de que tal avaliação também tenha sido feita no momento da constituição do vínculo, não é de todo conclusiva, posto que as partes permanecem sem saber qual (ou em que extensão) atribuição patrimonial será efetivamente concretizada a partir daquele contrato. Enquanto em um contrato comutativo o resultado final do negócio é esperado e certo, em um contrato aleatório o resultado é incerto, já que depende da eventualidade da ocorrência de um evento estipulado.

Um segundo traço distintivo tradicionalmente apontado pela doutrina entre contratos comutativos e aleatórios é que nos primeiros haveria uma equivalência relativa entre as prestações que guardariam equilíbrio entre si, ao passo que, nos aleatórios, inexistiria tal equivalência. Essa diferenciação, segundo a doutrina tradicional, seria uma decorrência lógica da certeza/incerteza entre as prestações. E, como consequência prática, os contratos comutativos seriam protegidos em face de eventuais desequilíbrios, ao passo que, os aleatórios, nos quais paira uma incerteza acerca da existência e/ou extensão das prestações a

---

[564] BANDEIRA, Paulo Greco. *Contratos aleatórios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 45.

[565] "O elemento comum que integra a causa dos contratos aleatórios consiste na álea, compreendida como incerteza de ambos os contratantes, existente no momento da celebração do negócio, quanto ao lucro ou prejuízo, em termos de atribuição patrimonial, que dele decorrerá, a depender da verificação do evento incerto e incontrolável previsto pelas partes" (Ibid, p. 250).

cargo das partes, não existiria equivalência ou proporcionalidade entre as vantagens esperadas e os sacrifícios suportados,[566] razão pela qual não seriam protegidos em face de eventual desequilíbrio.

Concorda-se que uma consequência da presença ou não da álea seja, de fato, a equivalência relativa entre as prestações. Essa é característica essencial dos contratos comutativos, podendo ser aferida de forma objetiva, como propõe Caio Mário da Silva Pereira, representando uma equivalência entre os valores das prestações,[567] ou, como sustenta Orlando Gomes, pode tratar-se de uma equivalência subjetiva entre vantagem e sacrifício, de sorte a existir certeza quanto às prestações.[568]

Adota-se esse último posicionamento, posto que o fato de as partes conhecerem as prestações e que elas sejam proporcionais entre si, não implica equivalência objetiva entre as mesmas. Ademais, como pondera Karl Larenz, nesses contratos cada uma das partes deseja receber uma contraprestação que seja, no mínimo, equivalente à sua e, ao mesmo tempo, cada uma das partes deseja também uma vantagem especial. Consequentemente, seria "imanente al contrato sinalagmático como tipo la idea de um equilíbrio aproximado entre prestación y contraprestación, de modo que cada uno pueda encontrar uma ventaja".[569]

A partir dessas considerações fica evidente que as prestações em um contrato sinalagmático não precisam ser iguais e, a rigor, dificilmente seriam, posto que, para além de um valor médio de mercado, a cada bem ou serviço, objeto de um contrato patrimonial, agrega-se uma valoração própria daqueles que estão dispostos a adquirir ou transferir/prestar o bem ou o serviço. E, mais do que isso, indica que as partes aceitam tal desigualdade como parte do próprio jogo negocial, desde que mantida certa equivalência ou proporcionalidade.

A equivalência subjetiva, apontada por Orlando Gomes como característica dos contratos comutativos, "corresponde à certeza objetiva das partes, obtida no momento da

---

[566] Darcy BESSONE critica essa distinção, afirmando que "a contraposição deve ser entre os contratos aleatórios e os não aleatórios, como simples variedades ou modalidades dos comutativos". Entende o autor que, tanto os contratos nos quais a extensão das prestações é certa e avaliável desde a sua formação (comutativos), quanto naqueles em que há incerteza quanto a essa extensão, há comutatividade, visto que a chance de ganhar ou perder é uma vantagem. (*Do contrato:* teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p.78).

[567] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: contratos. v.3. 17. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 61.

[568] GOMES, Orlando. *Contratos.* 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 74.

[569] LARENZ, Karl. *Derecho justo*: fundamentos de ética jurídica. Madri: Civitas, 2001, p. 76.
Em tradução livre: [é] "imanente ao contrato sinalagmático como tipo, a ideia de um equilíbrio aproximado entre prestação e contraprestação, de modo que cada um possa obter uma vantegem".

conclusão do contrato, quanto às prestações".[570] Essa é especialmente indicativa da finalidade prática perseguida com a contratação, revelando, ao menos, o interesse e o objetivo de celebrar uma avença marcada por uma proporcionalidade previamente fixada entre as vantagens e desvantagens para os envolvidos. Há, portanto, entre aqueles que celebram um contrato de tal natureza, uma expectativa legítima quanto aos resultados do acordo, em conformidade com o que foi pactuado.[571]

Por outro lado, assim como se critica a distinção entre contratos comutativos e aleatórios a partir dos seus elementos estruturais, igualmente critica-se a conclusão daí decorrente, de que os primeiros seriam equilibrados e os do segundo tipo não. Tal conclusão, na verdade, é contraditória em seus próprios termos. Como já referido no item 3.1, doutrina majoritária reconhece a sinonímia entre correspectividade, bilateralidade e sinalagmaticidade. Sendo o contrato aleatório uma espécie do gênero de contratos com prestações correspectivas, é também bilateral e sinalagmático. E, o sinalagma, apesar de diferentes significados possíveis, é usualmente empregado para denotar equilíbrio, tanto que são reunidos sob a expressão "remédios sinalagmáticos" os institutos vocacionados a esse fim.

Dessa forma, o contrato aleatório, sendo espécie de contrato sinalagmático, deve ser equilibrado. A diferença está na forma de aferição do equilíbrio, seja para fins de incidência do princípio do equilíbrio funcional dos contratos, seja para a aplicação dos institutos existentes, após a sua necessária adaptação. Inclusive, a compatibilidade entre aleatoriedade e equilíbrio é expressamente reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro na disciplina do contrato de seguro, evidenciando, ainda, quando comparada à disciplina no Código Civil de 1916, uma mudança de perspectiva em prol da tutela do equilíbrio contratual, incidente, indistintamente, em todas as relações contratuais.

O seguro sempre figurou como exemplo típico de contrato aleatório, não obstante, mais recentemente, alguns autores terem defendido a natureza comutativa desse contrato.[572]

---

[570] BANDEIRA, Paulo Greco. *Contratos aleatórios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 81.

[571] "A comutatividade, nos contratos, é princípio essencial de Direito, porque exige a equivalência das prestações e o equilíbrio delas, no curso das contratações, pois, por ele, as partes devem saber, desde o início negocial, quais serão seus ganhos e suas perdas, importando esse fato a aludida equipolência das mencionadas prestações" (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 19).

[572] Caio Mario da Silva PEREIRA entende que o contrato de seguro é aleatório "porque o segurador assume os riscos, sem correspectividade entre as prestações recíprocas, e sem equivalência mesmo que se conheça o valor global das obrigações do segurado. É por isso que se costuma acentuar que o risco é um elemento essencial no contrato de seguro, como acontecimento incerto, independente da vontade das partes" (*Instituições de direito civil*: contratos. v.3. 17. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 417). Orlando GOMES também se filia a corrente de que o contrato de seguro é aleatório, entendendo que: "A natureza aleatória do contrato resulta de sua própria função econômico-social. A vantagem do segurador depende de não ocorrer o sinistro ou de não se

Essa última tese, em síntese, afirma que a álea não é essencial ao contrato de seguro, tendo em vista que este, necessariamente, perfaz um contrato comunitário, cuja técnica específica é baseada no mutualismo, ou seja, na cooperação implícita entre um conjunto de pessoas, fazendo com que a incerteza quanto à ocorrência de um evento futuro e incerto, torne-se certeza matemática a partir da aplicação da Lei dos Grandes Números.[573] Assim, haveria equivalência entre as prestações assumidas pelo segurado – pagamento do prêmio – e pelo segurador – garantia em face de um risco predeterminado e calculável.[574]

O prêmio e o risco figuram como elementos essenciais do contrato de seguro, sendo o primeiro a principal obrigação do segurado, consistente em uma prestação pecuniária correspondente ao preço do risco coberto e, o segundo, a própria razão justificadora do contrato. Os dois, em conjunto, orientam a técnica securitária, sendo que o risco é o parâmetro definidor da correspectividade entre o prêmio pago pelo segurado e a garantia assumida pelo segurador. Isso significa dizer que o risco/ álea não é o objeto do contrato, mas a sua causa, tanto que, a correspectividade entre as prestações não é direta, mas sim, estabelecida através do risco, definindo a sua natureza aleatória.

---

verificar o evento, em certo prazo. No primeiro caso, terá recebido o prêmio sem contraprestação. No segundo, embora deva satisfazer a prestação a que se obrigou, como no caso de seguro de vida, a maior longevidade do segurado representa vantagem para o segurador. Também o segurado tem, dependente de um acontecimento incerto, a vantagem que espera obter ao contratar, consistente, precisamente, em evitar uma perda. Há, enfim, uma alternativa de ganho ou perda, não se sabendo qual das partes obterá uma vantagem, ou sofrerá o prejuízo" (*Contratos*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 506). Em sentido contrário, Sérgio CAVALIERI FILHO, ainda na vigência do Código Civil de 1916, já sustentava que o contrato de seguro é comutativo: "[...] a obrigação principal do segurador é, realmente, a tutela do interesse do segurado, à qual fica jungido durante toda a vigência do contrato. Assim, ainda quando não ocorra o sinistro, as suas prestações, do segurador e do segurado, equivalem-se, o que me parece conferir ao contrato de seguro uma indiscutível comutatividade" (Visão panorâmica do contrato de seguro e suas controvérsias. *Revista do Advogado*, n. 47. São Paulo: AASP, 1996, p. 9).

[573] Contemporaneamente, é crescente o número de autores que defendem a natureza comutativa do contrato de seguro, entendendo que existiria correspectividade entre o prêmio pago pelo segurado e o dever de garantia assumido pelo segurador. Neste sentido: Judith MARTINS-COSTA (A boa-fé e o seguro no novo código civil brasileiro (virtualidades da boa-fé como regra e como cláusula geral. *III Fórum de Direito do Seguro "Jose Sollero Filho"* (anais). São Paulo: IBDS, 2003); Ernesto TZIRULNIK, Flavio de Queiroz Bezerra CAVALCANTI (*O contrato de seguro*: de acordo com o novo código civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003); Vera Helena de Mello FRANCO (Breves reflexões sobre o contrato de seguro no Novo Código Civil Brasileiro. *II Fórum de Direito do seguro "José Sollero Filho*" (*Anais*). São Paulo: IBDS, 2002); Paulo Luiz de Toledo PIZA (*O contrato de resseguro*. São Paulo: IBDS-EMTS, 2002) e Nelson BORGES (*A teoria da imprevisão do direito civil e no processo civil*. Revista dos Tribunais, 2002).

[574] Em outra sede defendi a natureza comutativa do contrato de seguro. Entretanto, tal posicionamento foi revisto a partir de uma análise mais acurada da causa concreta do contrato de seguro, a indicar a sua natureza aleatória. (Cf.: RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Notas sobre o contrato de seguro no Código Civil de 2002. In: Marcos Ehrhardt Junior. (Org.). *Os 10 anos do Código Civil:* evolução e perspectivas. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 23-53).

O artigo 1.453 do Código Civil de 1916[575] determinava a manutenção dos termos do contrato de seguro, mesmo diante do agravamento substancial dos riscos cobertos, salvo se o próprio contrato previsse a possibilidade de majoração do prêmio em tais situações. O legislador de 2002 adotou posição oposta ao disciplinar o problema referente às oscilações do risco coberto por um contrato de seguro nos artigos 768 (agravamento intencional),[576] 769 (agravamento não intencional)[577] e no artigo 770 (diminuição do risco),[578] determinando a revisão ou a resolução do contrato sempre que houver desequilíbrio superveniente.

Entre os autores que defendem a natureza comutativa do contrato de seguro, tais previsões encontrariam na correspectividade a sua justificativa.[579] Por outro lado, os que entendem pela natureza aleatória, não chegam a criticar a regra, posto que a fixação do prêmio seria função do risco e do valor do interesse segurado. Contudo, parece claro que com tais previsões o legislador reconhece que mesmo os contratos aleatórios devem ser equilibrados.

Assim, há de ser revisto o posicionamento tradicional de que os contratos aleatórios, seja pela incerteza genética quanto às prestações, seja por eventual desproporção entre as

---

[575] Art. 1.453, CC 1916. Embora se hajam agravado os riscos, além do que era possível antever no contrato, nem por isso, a não haver nele cláusula expressa terá direito o segurador a aumento do prêmio.

[576] Art. 768, CC 2002. O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato.

[577] Art. 769, CC 2002. O segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé.
§ 1º O segurador, desde que o faça nos quinze dias seguintes ao recebimento do aviso da agravação do risco sem culpa do segurado, poderá dar-lhe ciência, por escrito, de sua decisão de resolver o contrato.
§ 2º A resolução só será eficaz trinta dias após a notificação, devendo ser restituída pelo segurador a diferença do prêmio.

[578] Art. 770, CC 2002. Salvo disposição em contrário, a diminuição do risco no curso do contrato não acarreta a redução do prêmio estipulado; mas, se a redução do risco for considerável, o segurado poderá exigir a revisão do prêmio, ou a resolução do contrato.
Vale mencionar que a inclusão deste artigo, prevendo a possibilidade de revisão ou resolução do contrato em face da diminuição do risco, não havia sido previsto pelo Projeto de Código de Obrigações, de 1965, tendo sido proposto pelo Professor Fábio Konder Comparato nos termos seguintes: "Salvo disposição em contrário, a diminuição do risco no curso do contrato não acarreta a redução do prêmio estipulado". A Comissão Revisora do Código de 2002 acolheu a proposta e acresceu a parte final do dispositivo ("mas, se a redução do risco for considerável, o segurado poderá exigir a revisão do prêmio, ou a resolução do contrato").

[579] Neste sentido, Vladimir Mucury CARDOSO afirma que "[...] o valor do prêmio há de ser adequado aos riscos transferidos por força do negócio. É por esse motivo que a seguradora não se obriga ao pagamento da indenização, em caso de sinistro, se o segurado contribuiu para agravar os riscos objeto da avença, conforme o disposto no artigo 768 do Código Civil. Pela mesma razão, se o segurado, sem agir de má-fé, prestar declarações inexatas ou omissas acerca de circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou no valor do prêmio, caberá à seguradora resolver o contrato ou cobrar a diferença do preço, mesmo depois de ocorrido o sinistro (art. 766, parágrafo único, do Código Civil) " (*Revisão Contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Renovar, 2008, p. 277).

mesmas, não deva ser protegido em face de desequilíbrio.[580] Essa releitura, no entanto, deve ser realizada com efetivo respeito às especificidades do contrato.

[580] Nesse sentido, Gustavo Tepedino pondera: "[...] o entendimento tradicional, segundo o qual as partes ao se submeter aos desígnios do azar ficam desprovidas de todas as proteções que visariam resguardar o equilíbrio contratual, vem sofrendo, há certo tempo, fortes críticas. Com efeito, a ideia de que a incerteza gerada pela álea sobre a extensão das obrigações das partes torna impossível a apreciação de qualquer equilíbrio contratual já não parece resistir à evidencia de que, em muitos contratos aleatórios, a estipulação das prestações é precedida por um atento cálculo dos riscos envolvidos. [...]. Para muitos autores, tanto da doutrina pátria como da estrangeira, a falta de equivalência entre as prestações de um contrato não impede a apreciação de um certo equilíbrio contratual [...]. Sob essa nova perspectiva, haveria, portanto, espaço para a aplicação dos mecanismos regulatórios do equilíbrio contratual aos contratos aleatórios, ainda que isto se dê de modo diverso daquele observado nos contratos comutativos" (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República:* teoria geral dos contratos, contratos em espécie, atos unilaterais títulos de crédito, responsabilidade civil e privilégios creditórios (arts. 421 a 965). vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 94).

5. PRESSUPOSTO, FUNDAMENTO E CONTEÚDO NA TUTELA DO EQUILÍBRIO

5.1. Premissas teóricas

A motivação principal para a construção do princípio do equilíbrio funcional dos contratos é a ressignificação da própria função do contrato na contemporaneidade. Como já destacado no Capítulo 2, não obstante a polissemia ínsita à expressão função, a mesma é aqui empregada para designar um aspecto teleológico a ser desempenhado pelo Direito e, também, pelo contrato. Essa função, em conformidade com o projeto constitucional, é promocional dos valores da liberdade, da solidariedade e da igualdade, sendo exercida positivamente em relação à sociedade. Trata-se da proteção da pessoa concreta inserida com todas as suas particularidades em uma relação.

Já o desafio em torno do princípio do equilíbrio funcional dos contratos está na compatibilização da liberdade, princípio fundamental de direito, com o objetivo de justiça, o que pressupõe a identificação do valor e o alcance da liberdade, bem como a delimitação do conteúdo da justiça. Mais especificamente, em atenção ao seu campo de incidência, o desafio do princípio do equilíbrio funcional dos contratos centra-se na harmonização da liberdade contratual com a ideia de contrato justo. Trata-se, portanto, de alcançar o meio termo ou o justo equilíbrio entre liberdade e solidariedade e entre liberdade e merecimento de tutela dos conteúdos.[581]

O enfrentamento de tal tarefa impõe ainda uma escolha prévia entre a liberdade e o ideal de justiça, como ponto de partida, e o reconhecimento de que o ponto de chegada já foi previamente determinado pelo constituinte democrático, ao elencar como objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Opta-se, então, pela liberdade. Mais precisamente, opta-se pela concretização da liberdade efetiva, o que exige a

[581] Pietro PERLINGIERI, ao destacar a importância do princípio da proporcionalidade, o qual possui estreita correspondência com o princípio do equilíbrio funcional dos contratos, para fins de oxigenação do direito contratual, conclui: "O princípio da proporcionalidade [...] constitui um daqueles momentos normativos de relevância axiológica os quais contribuem para recuperar coerência e eficiência ao sistema jurídico e correta competitividade concorrencial ao mercado, no justo equilíbrio entre liberdade e solidariedade, liberdade e merecimento de tutela dos contratos" (*O Direito Civil na legalidade constitucional***.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 407).

igualdade substancial que, por seu turno, requer um ambiente solidário para sua materialização.

Estabelece-se, assim, o ciclo virtuoso de retroalimentação entre a liberdade, a igualdade e a solidariedade, no qual se circunscreve a construção do princípio do equilíbrio funcional dos contratos. Em síntese, o ambiente para o desenvolvimento da tese proposta é marcado pela liberdade na solidariedade.

Consequentemente, o princípio do equilíbrio funcional dos contratos tem como *pressuposto* a liberdade efetiva e, como *fundamentos*, a igualdade substancial e a solidariedade social. O *conteúdo* do princípio do equilíbrio funcional dos contratos é ditado pela noção de proporcionalidade, em respeito à autonomia e à apreciação subjetiva das partes acerca do conteúdo dos pactos que celebram, submetido ao controle de legitimidade do próprio ato.

i) Pressuposto: liberdade efetiva

O pressuposto para a construção do princípio do equilíbrio funcional dos contratos é a liberdade efetiva.[582] Isso porque, só a partir do reconhecimento da insuficiência da liberdade formal para o atingimento de relações contratuais justas e equilibradas é que o conteúdo dos pactos passa a ser novamente relevado. Nessa toada, abre-se espaço para a construção e aplicação do princípio do equilíbrio funcional dos contratos.

Mas, sendo o conceito de liberdade plural e multifacetário,[583] torna-se necessário elencar, ainda que apenas exemplificativamente e voltado para os fins aqui pretendidos, os

[582] "Antes, pois, de o valor segurança entrar na disciplina contratual é preciso apurar se as partes entenderam alcançado um acordo justo – e é essa procedência do valor justiça que dita a atenção prestada à formação da vontade contratual e à congruência com padrões de liberdade" (ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato.* Coimbra: Almedina, 2007, p. 330).

[583] Esse caráter plural já foi reconhecido, dentre outros, por Norberto Bobbio, ao afirmar que "a palavra liberdade tem uma notável conotação laudatória. Por esta razão, tem sido usada para acobertar qualquer tipo de ação, política ou instituição considerada como portadora de algum valor, desde a obediência ao direito natural ou positivo até a prosperidade econômica" (BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política.* 10. ed. v.2. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 708). No mesmo sentido, Alexandre Fabiano MENDES pondera que: "O conceito de liberdade possui diversas acepções e sua utilização pode assumir inúmeros significados na história da filosofia e da política, entre os quais: autodomínio, ausência de coação externa, possibilidade de participação na vida pública, vontade livre, livre-arbítrio e capacidade de autodeterminação" (Liberdade (verbete). In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito.* Rio de Janeiro: Renovar, São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 534-538, p. 534). Por fim, Carlos Eduardo

possíveis perfis da liberdade. Igualmente necessário é o reconhecimento de que em concreto, ou seja, quando da sua real manifestação em uma relação jurídica, esses diversos perfis podem colidir entre si,[584] impondo a seleção do perfil que irá prevalecer.

Em se tratando de relações jurídicas contratuais, deve-se considerar, ao menos, as contraposições entre liberdade negativa e positiva e entre liberdade como abstração e como efetividade. Adverte-se que a contraposição entre alguns dos perfis da liberdade atende apenas ao objetivo metodológico, não sendo, necessariamente, excludente, nem tampouco, exclusiva, quando da análise de uma relação concreta. A rigor, os perfis negativo e positivo, por exemplo, coexistem ante uma concepção tradicional de autonomia, ao passo que, se adotada uma concepção qualitativamente renovada de autonomia, os perfis da liberdade como abstração e como efetividade podem (mas, não necessariamente irão) coincidir.

A análise dicotômica entre liberdade positiva e negativa é atribuída ao filósofo britânico Isaiah Berlin que, não obstante o reconhecimento dos inúmeros sentidos possíveis para a palavra liberdade, se propôs a analisar apenas as acepções positiva e negativa, por entender que seriam estas as mais importantes.[585]

Segundo a construção do referido autor, a liberdade negativa estaria vinculada à tradição liberal, tocando especialmente os direitos civis e sendo representada pela expressão *liberdade de*. A liberdade negativa, que seria a mais importante para o autor, denota um espaço livre de interferências externas e/ou de qualquer tipo de coação, de forma que "ser livre nesse sentido, em minha opinião, significa não sofrer interferências dos outros. Quanto mais ampla a área de não interferência, mais ampla a minha liberdade".[586]

Já a liberdade positiva, representada pela expressão *liberdade para*, refere-se ao exercício de escolhas e à participação no espaço público-político. Essa liberdade, segundo o autor, "tem origem no desejo do indivíduo de ser seu próprio amo e senhor",[587] já que as

---

Pianovski RUZYK identifica os seguintes perfis para a liberdade: liberdade negativa, liberdade positiva, liberdade individual, liberdade coletiva, liberdade como insubmissão, liberdade formal ou como abstração e liberdade substancial ou como efetividade (*Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)*: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ editora, 2011, p.13-78).

[584] "Mas essa liberdade plural, com a multiplicidade de perfis que ela pode assumir, nem sempre implicará a consecução integral de todos esses perfis. Aliás, nem mesmo se espera que assim ocorra: a pluralidade pressupõe e admite a colisão de perfis de liberdade" (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 editora, 2011, p.216).

[585] BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 136.

[586] Ibid, p. 137.

[587] Ibid, p. 142.

escolhas e decisões decorrem exclusivamente da própria pessoa, independentemente de forças externas de qualquer tipo.[588]

A segunda contraposição, qual seja, entre liberdade formal ou abstrata e liberdade substancial, concreta ou efetiva toca a distinção essencial e, especialmente, prática, entre a garantia abstrata de direitos e a garantia dos meios necessários para o seu real exercício. A liberdade formal ou abstrata é aquela assegurada idealmente a todos, "mas que não toma em consideração limites ou condicionamentos concretos, nem tampouco, condições objetivas de exercício".[589] No âmbito contratual, seria a liberdade de contratar, compreendida como "o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica".[590]

A liberdade substancial ou liberdade como efetividade, por seu turno, seria a possibilidade efetiva de fazer escolhas. No âmbito contratual seria, para além da liberdade abstrata de contratar, a real liberdade de ingressar na relação jurídica contratual, de escolher o momento de contratar e, sobretudo, de determinar o conteúdo do contrato. Sobre a liberdade como efetividade, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, conclui:

> Trata-se não apenas da possibilidade abstrata de fazer escolhas, como também a possibilidade efetiva de se fazer o que se valoriza, o que implica tanto a não coerção de outros indivíduos ou do grupo quanto, sobretudo, as condições materiais para que as escolhas sejam realizadas. Mais que isso: trata-se de ampliar as possibilidades reais de escolha e o próprio espaço daquilo que se pode valorizar.[591]

Todos os perfis da liberdade mostram-se importantes e atendem a finalidades específicas. A rigor, em uma sociedade de direito privado, tal qual a brasileira, organizada sob o manto de uma ordem constitucional democrática, a liberdade e a igualdade jurídicas são tidas como pilares fundamentais. Nessa ordem de ideias e, a princípio, não caberia ao Estado intervir diretamente nas relações privadas, razão pela qual a liberdade negativa é uma conquista a ser preservada; mas cumpriria ao Estado assegurar a todos, igualmente, esse espaço de não interferências. No plano abstrato, portanto, os perfis negativo e formal da

---

[588] Em sentido muito semelhante, Robert ALEXY conclui que "a distinção entre liberdade positiva e liberdade negativa reside somente no fato de que no caso da primeira o objeto da liberdade é uma única ação, enquanto no caso da segunda ela consiste em uma alternativa de ação" (*Teoria dos direitos fundamentais.* São Paulo: Malheiros, 2008, p. 222).

[589] 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 editora, 2011, p.56.

[590] GOMES, Orlando. *Contratos.* 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 22.

[591] RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski, op. cit., p.214.

liberdade restam satisfeitos, seja pela prevalência de normas supletivas no âmbito contratual, seja pela garantia da liberdade e igualdade jurídicas.

Contudo, para além da não interferência e da garantia formal de liberdade, como já destacado por Maria Celina Bodin de Moraes, "a liberdade pressupõe, como seu elemento central, a possibilidade de uma escolha".[592] Utilizando-se a nomenclatura até então adotada, a liberdade há de ser não só negativa e formal, mas também, positiva. Nessa perspectiva, em se tratando de liberdade contratual, caberia às partes optarem por celebrar ou não contratos, bem como estabelecer o conteúdo dos pactos que celebram, recaindo sobre as mesmas, como forma, inclusive, de sua autodeterminação, o dever de avaliar a conveniência e oportunidade das contratações, bem como o do equilíbrio dos pactos celebrados.

A liberdade positiva, apesar de contemplar a possibilidade ideal de realizar escolhas, ainda assim é insuficiente, pois não garante em concreto o exercício dessa mesma liberdade de escolha. Tal situação se verifica de forma extrema em relações jurídicas nas quais determinadas pessoas (ou grupos de pessoas) sequer conseguem se inserir, como na hipótese do setor de seguros privados no qual, em razão de sua estrutura, o acesso da população de baixa renda é, na maioria das vezes, impedido. Ou, ainda, de forma mais atenuada, nas hipóteses de contrato por adesão, como, por exemplo, nos contratos bancários, escolares, de fornecimento de serviços essenciais, de franquia etc. Em hipóteses tais como as aqui citadas, o que se verifica é uma não possibilidade de escolha, ou uma muito reduzida possibilidade de autodeterminação, visto que, em concreto, a liberdade não existe.

Exatamente por isso é que o contrato não cumpre sua função quando ausente a liberdade efetiva, bem como se mostra descontextualizada a conclusão de que o equilíbrio e a justiça contratuais restariam satisfeitos com a equivalência subjetiva entre as prestações e com a divisão livremente pactuada entre as diversas situações jurídicas subjetivas derivadas do contrato. Em síntese, para um Estado concebido sob os paradigmas personalista e solidarista, além de promocional, assegurar a liberdade jurídica é apenas um passo em direção à liberdade efetiva, cuja garantia é o *pressuposto* para a construção do princípio do equilíbrio funcional dos contratos.

A adoção da liberdade efetiva como pressuposto para a construção do princípio do equilíbrio funcional dos contratos tem respaldo constitucional, mais especificamente no objetivo de construção de uma sociedade livre (artigo 3º, CF), bem como no direito fundamental à liberdade (artigo 5º, CF) e, igualmente, no princípio da livre iniciativa (artigo

[592] BODIN DE MORAES, Maria Celina. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: *Na medida da pessoa humana:* estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.183-206, p. 185.

4º e artigo 170, CF). Todos esses valores constitucionais justificam a opção pela liberdade efetiva quando da colisão entre os perfis da liberdade em uma relação jurídica contratual concreta.

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk identifica, ao menos, três hipóteses de possíveis colisões entre os perfis da liberdade.[593] Tais hipóteses serão aqui apresentadas no contexto das relações contratuais. Em relação às duas primeiras, como será demonstrado, o legislador optou por salvaguardar a liberdade como efetividade e a última toca especialmente ao objeto desta tese.

A primeira situação seria aquela na qual a desigualdade de liberdade como efetividade possibilita que uma parte "se imponha unilateralmente à outra na formação e no desenvolvimento de um vínculo jurídico".[594] A fim de minimizar situações assim caracterizadas e optando pela liberdade efetiva, o legislador, por exemplo, fulmina com a invalidade os negócios jurídicos celebrados mediante coação (artigos 151-155, CC 2002), em estado de perigo (artigo 156, CC 2002) ou lesivos (artigo 157, CC 2002). Em todos esses casos inexiste liberdade efetiva de uma das partes, seja em virtude do fundado temor, seja em razão do estado de necessidade ou de inexperiência.

A segunda hipótese de possível colisão entre os perfis da liberdade abrange as situações "em que o próprio legislador presume déficit de liberdade, ante a desigualdade presumida",[595] tal como ocorre nas relações de consumo e nos contratos por adesão. Buscando, mais uma vez, a concretização da liberdade como efetividade, o legislador presume a vulnerabilidade absoluta do consumidor e, em consequência dessa presunção, impõe diversas normas protetivas, tais como as do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor. E, mesmo para as relações teoricamente paritárias, o legislador determina que a interpretação das cláusulas contratuais seja feita de forma mais favorável ao aderente em contratos por adesão (artigo 423, CC 2002), bem como declara a nulidade das cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio (artigo 424, CC 2002). Em todas essas hipóteses, reconhece-se a insuficiência da liberdade formal, limitando-se, de certa forma, o perfil negativo da liberdade em favor dos perfis positivo e substancial (ou da liberdade como efetividade).

---

[593] 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 editora, 2011, p.218.

[594] Ibid.

[595] Ibid.

Por fim, a última hipótese trazida pelo autor acerca da colisão entre os perfis da liberdade relaciona-se diretamente com a proposta desta tese e diz respeito às situações em que o déficit de liberdade é presumido, em concreto, pelo juiz. Aqui não se está a cogitar simplesmente da interpretação judicial e aplicação dos institutos ou regras abstratamente previstas. Cogita-se a possibilidade de uma atuação corretiva do magistrado sempre que, com base na presunção *ad hominis*, decorrente de máximas de experiência,[596] se verificar a existência de déficit de liberdade como efetividade e, em virtude desta, a ocorrência de desequilíbrio objetivo na relação contratual.

Isso porque, 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 deve atender à "liberdade da pessoa concreta em suas relações intersubjetivas e no livre desenvolvimento de sua personalidade",[597] deve-se privilegiar e buscar a concretização de uma liberdade efetiva que, por seu turno, está necessariamente atrelada à igualdade material.

Como demonstrado, essa meta de concretização da liberdade efetiva legitima a atuação preventiva do legislador, quando restringe a liberdade formal de uma parte a fim de promover a do contratante mais vulnerável.[598] A hipótese dessa tese é justamente aquilo que seria o passo seguinte, ou seja, verificar se tal meta, da mesma forma, não autorizaria ao juiz, diante de indícios e das circunstâncias contratuais, não apenas presumir o déficit de liberdade como efetividade, como também e, independentemente de tal presunção, atuar corretivamente, visando estabelecer o equilíbrio da relação.[599]

Certamente, seria mais fácil justificar a intervenção do magistrado em um contrato se constatado um déficit de liberdade de uma das partes. Porém, tal apego voluntarista ou subjetivista, parece desnecessário e, de certa forma, incompatível com toda a reconstrução da

---

[596] Artigo 335, CPC. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.

[597] 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 editora, 2011, p.4.

[598] "Quando a lei traz normas protetivas para o contratante em situação de déficit de autodeterminação, está a realizar a operatividade da função como liberdade(s): a restrição eventual da autonomia privada de um contratante (aquele que detém posição de proeminência econômica, técnica ou, ao menos, aquele que impõe um contrato standard) vem em homenagem à autodeterminação (integrada por liberdade positiva e substancial) do outro contratante (hipossuficiente, vulnerável ou, simplesmente, aderente em contrato de adesão)" (Ibid, p. 275).

[599] Nesse sentido, Carlos Eduardo Pianovski RUZYK conclui que "ainda que não haja presunção legal nem prova cabal de déficit de liberdade, pode o juiz presumi-lo se as circunstâncias assim admitirem, ou seja, se houver indícios que, apreciados pelas regras ordinárias da experiência, permitam essa conclusão" (Ibid, p. 220).

teoria contratual em decorrência da funcionalização da autonomia privada e do próprio contrato. Com efeito, a liberdade, ainda que efetiva, ou seja, concretamente exercida, não é um fim em si mesma, mas um instrumento ao serviço da realização do projeto constitucional.

Como já destacado no Capítulo 2, a opção constitucional foi por uma economia de mercado, na qual a livre iniciativa figura como valor fundante. Mas não se trata de uma liberdade do tipo *laisser-faire*, razão pela qual o Estado tutela, mas também regula, a liberdade. Trata-se, portanto, de uma liberdade valorada na solidariedade, por opção do constituinte democrático, seja ao elencar o valor social da livre iniciativa (artigo 1º, IV, CF), como quando condiciona a liberdade para a realização de atos de natureza patrimonial aos valores da pessoa e da justiça social (artigo 170, CF).

Consequentemente, a noção de justiça contratual é reformulada de acordo com o solidarismo constitucional, de sorte a não mais ser satisfeita com a ideia de justiça contratual formal, que pressupunha que do contrato decorreria uma equivalência, visto ter sido celebrado por pessoas livres e iguais. Em conformidade com essa ideia, Fernando Noronha alerta que, a justiça contratual requer o "efetivo equilíbrio entre direitos e obrigações de cada um, de acordo com as exigências da justiça comutativa – e tal equilíbrio é conseguido quando cada uma das partes recebe benefícios que sejam a adequada contrapartida dos sacrifícios que assume".[600]

Nessa perspectiva, Jacques Guestin[601] vai além, afirmando que um contrato só é obrigatório se for justo. E, se um contrato injusto não é obrigatório, parece razoável que o juiz possa intervir, a fim de reequilibrar o que havia sido estabelecido pelas partes, visando que o mesmo seja justo e útil, no sentido de permitir o atingimento da finalidade pretendida pelas partes em conformidade com os limites e condicionantes impostos pelo ordenamento.

ii) Fundamento: igualdade substancial e solidariedade social

A eventual e excepcional atuação corretiva do magistrado em contratos caracterizados por um grave desequilíbrio, encontra fundamento constitucional nos princípios da

[600] NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:* autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 221.

[601] GUESTIN, Jacques. Le juste et l´utile dans les effets du contrat. In: MONTEIRO, Antônio Pinto (Coord.). *Contratos*: actualidade e evolução. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p.123-165, p. 125.

solidariedade social e da igualdade substancial. Esses, como já destacado por Pietro Perlingieri, "são aspectos de um mesmo valor que o legislador se propõe atuar: o pleno e livre desenvolvimento da pessoa".[602] Esse valor deriva do princípio da dignidade da pessoa humana, mais precisamente, indica a funcionalização de todos os institutos jurídicos e, nessa toada, também o do contrato.

A dignidade da pessoa humana, por opção do constituinte democrático, é fundamento e valor máximo do ordenamento,[603] tendo sido alçada à categoria de *superprincípio,*[604] cujo fim é assegurar muito mais do que a liberdade formal, atrelada aos valores e exigências proprietárias, mas a ampla e irrestrita proteção e promoção da pessoa, bem como o livre desenvolvimento da personalidade.[605] Em se tratando de autonomia privada patrimonial, essa opção do constituinte originário fica patente no artigo 170 da Constituição Federal, que determina que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo a finalidade de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

A grande dificuldade em torno da cláusula geral de tutela da pessoa diz respeito à delimitação do seu conteúdo, visto ser necessário assegurar certo grau de segurança e estabilidade jurídica, sem limitar a potencialidade da norma, bem como evitar a utilização da dignidade para justificar o oposto do que ela pretende. Isso requer uma "definição necessariamente aberta, mas minimamente objetiva".[606] Nessa perspectiva, de grande valia a contribuição de Maria Celina Bodin de Moraes[607] que, ao sistematizar o conteúdo da cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana a partir da noção dos substratos materiais que a

---

[602] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 46.

[603] TEPEDINO, Gustavo. Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de Direito Civil.* 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 25-62, p. 51.

[604] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1.118.

[605] Nesse sentido, Pietro PERLINGIERI ressalta que, na medida em que a personalidade é o valor fundamental do ordenamento, a cláusula de tutela da pessoa abrange uma série aberta de situações, de sorte que "o seu conteúdo não se limita a resumir os direitos tipicamente previstos [...], mas permite estender a tutela a situações atípicas" (Op. cit., p. 155).

[606] SARLET, Ingo. Dignidade da pessoa humana (verbete). In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito.* Rio de Janeiro e São Leopoldo: Renovar e Unisinos, 2009, p. 212-225, p 222.

[607] BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana:* uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

compõem, oferece um conteúdo axiológico e normativo para a dignidade da pessoa humana, bem como permite, com a abertura e objetividade necessárias, a ponderação dos valores e interesses conflitantes.

Segundo a sistematização proposta pela autora, o fundamento da dignidade da pessoa humana é conformado por quatro corolários: i) princípio da igualdade; ii) princípio da integridade psicofísica; iii) princípio da liberdade; e, iv) princípio da solidariedade social.[608] A tutela integral da dignidade da pessoa humana, portanto, perpassa esses quatro aspectos que compõem o conteúdo da cláusula geral, acenando para a infinidade de situações que podem ser referenciadas à dignidade, assim como para a possibilidade de, em um contexto sociojurídico plural, tais substratos serem entre si ponderados, a fim de, no caso concreto, afirmar a dignidade.

O princípio da igualdade[609] é a primeira manifestação da dignidade, uma vez que é imprescindível assegurar direitos iguais a todos, garantindo-se, assim, a não discriminação. Essa igualdade formal, no entanto, mostrou-se insuficiente para efetivamente prover tratamento equânime ao conjunto das pessoas que naturalmente possuem características distintas.[610] Consequentemente, avançou-se para um segundo patamar de igualdade, a substancial, consubstanciada no reconhecimento da necessidade de tratar as pessoas desiguais, na medida da sua desigualdade.

A tutela da integridade psicofísica é usualmente referida a um amplíssimo direito à saúde, bem como ao efetivo exercício da autonomia corporal. Mas, para além dessas esferas, importa destacar, como ponto fundamental, a obrigação de segurança que tem sede constitucional, seja como derivação da cláusula geral da dignidade, seja como direito fundamental, expresso no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, além da previsão infraconstitucional do Código de Defesa do Consumidor, por exemplo.

A tutela da integridade psicofísica inclui também, como ressaltado por Antônio Junqueira de Azevedo, o respeito às condições mínimas de vida, a justificar a teoria do

---

608 BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana:* uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85.

609 Cf: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

610 "O ordenamento jurídico, que desde a Revolução Francesa, graças ao princípio da igualdade formal, pôde assegurar a todos tratamento indistinto, passa a preocupar-se, no direito contemporâneo, com as diferenças que inferiorizam a pessoa, tornando-a vulnerável. [...] Daí voltar-se a ordem jurídica para a investigação das singularidades da pessoa humana" (TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano 4, n. 4. Campos: 2003, p.171).

patrimônio mínimo e a impenhorabilidade de certos bens e haveres,[611] parâmetro essencial para a qualificação do desequilíbrio como grave e, consequentemente, para legitimar eventual atuação corretiva do magistrado, como será melhor explicado no próximo capítulo.

Os outros dois corolários do substrato material da dignidade da pessoa humana – liberdade e solidariedade[612] – devem ser analisados conjuntamente, à medida que se retroalimentam e condicionam. Isto porque, como destacado por Maria Celina Bodin de Moraes, ao direito de liberdade será contraposto o dever de solidariedade social.[613] Insiste-se, é a liberdade na solidariedade.[614]

Em síntese, nessa perspectiva personalista, em que pese ser assegurada a liberdade de atuação e determinação patrimonial, a livre iniciativa econômica não é absoluta, mas condicionada ao valor da pessoa humana e da justiça social.[615] Frisa-se que não se trata de determinar, a priori, a prevalência da liberdade ou da solidariedade,[616] mas verificar, em concreto, qual desses princípios deve prevalecer a fim de melhor promover a dignidade.

---

[611] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, ano 2. v. 9. Rio de Janeiro: Padma, jan/mar. 2002, p. 3-24, p. 18.

[612] "Em regra, quando positivado, o valor solidariedade é configurado na forma de princípio. Logo, além de valor, podemos afirmar que a solidariedade, hoje, é um princípio jurídico, que se encontra presente em todas as áreas do Direito" (DYRLUND, Maria Cecília Baetas. Solidariedade (verbete). In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito.* Rio de Janeiro: Renovar, São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 774-778, p. 774).

[613] BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana:* uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 107.

[614] "A liberdade, amplamente considerada – insisto neste ponto –, liberdade real, material, é um atributo inalienável do homem, desde que se o conceba inserido no todo social e não exclusivamente em sua individualidade (o homem social, associado aos homens, e não o homem inimigo do homem) " (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988.* 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 205).

[615] "Ou seja, a ordem econômica deve atender à sua finalidade e será protegida como meio para atingir esse objetivo. Portanto, a livre iniciativa – que resta em si mitigada pela ponderação com os demais princípios: função social da propriedade, defesa do consumidor e do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego... – é tutelada de maneira funcional, somente enquanto instrumento que sirva para assegurar a todos existência digna, conforme os ditames de justiça social. Nesse sentido, pode-se falar de uma funcionalização da livre iniciativa e junto a ela, igualmente, da autonomia privada e da liberdade contratual" (KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos:* grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 26).

[616] "Mais uma vez, não se trata de discutir se prevalece mercado ou sociedade, haja vista que o debate não está na singela "adoção de um lado". O que se propõe é a reflexão crítica balizada pela assimilação das inter-relações entre trabalho e trabalhador, sociedade e liberdade, mercado e dignidade, pautada na leitura constitucional e preocupada com a (in)efetividade de direitos essenciais. Destarte, não se pugna por um sistema estatizado nem estatizante, eis que o que se está a defender não é a dominação, mas a percepção, nas múltiplas manifestações da contratualidade, das relações de poder e suas repercussões sociais, econômicas e jurídicas" (FACHIN, Luiz Edison. SCHULMAN, Gabriel. Contratos, ordem econômica e princípios: um diálogo entre o direito civil e a Constituição 20 anos depois. In: Bruno Dantas et. al. (Org.). *Constituição de 1988, o Brasil 20 anos depois*, v. 4. Brasília: Senado Federal, 2008, p. 347-377, p.360).

A rigor, isso significa que a liberdade só pode ser exercida em consonância com a solidariedade, na medida em que, como ressaltado por Paulo Nalin, "em uma expressão, a solidariedade constitucional é corretora das autonomias privadas envolvidas nas relações jurídicas".[617] Assim, o exercício da liberdade, conforme a solidariedade, só é possível a partir da garantia de igual dignidade. Em outros termos, sob o protótipo personalista adotado pela Constituição Federal, não mais existe liberdade em abstrato, pois esta "deve ser compatível com o valor de tutela da pessoa".[618]

A igual dignidade social é definida por Pietro Perlingieri em duas perspectivas complementares e convergentes: "como o instrumento que confere a cada um o direito ao respeito inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais".[619] Assim, a sua concretização pressupõe o reconhecimento das singularidades pessoais e das especificidades circunstanciais que inferiorizam a pessoa para, a partir de então, desenvolver instrumentos que minimizem tais situações em toda e qualquer relação jurídica na qual se manifestem.

A noção de igual dignidade social deriva dos objetivos fundamentais do Estado (artigo 3º, CF), especialmente o de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e o objetivo da erradicação da pobreza, da marginalização e da redução das desigualdades sociais e regionais. Da noção de igual dignidade social, bem como da incidência dos princípios dos quais tal noção deriva, emerge a concepção social do contrato, na qual as características das partes contratantes, assim como do objeto do contrato, antes inteiramente desconsideradas, ganham relevância jurídica, atraindo uma dogmática própria.

Essa, entre outras consequências, irá alterar profundamente o conteúdo da velha fórmula da justiça contratual, na medida em que um contrato justo passa a ser aquele resultante do exercício legítimo da liberdade como efetividade e da igualdade substancial, assegurando-se a equidade. Significa dizer que, se por um lado, a justiça contratual não exige que os resultados dos pactos sejam justos, por outro, impõe que seja garantido o exercício

---

[617] NALIN, Paulo. *Do contrato. Conceito pós-moderno:* em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 178.

[618] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 40.

[619] Ibid, p.37.

efetivo das liberdades, satisfazendo-se com a "consequência de que as injustiças graves sejam evitadas".[620]

Com base nas considerações acima tecidas, identifica-se nos princípios constitucionais da solidariedade e da igualdade substancial[621] os fundamentos para o princípio do equilíbrio funcional dos contratos. A igualdade substancial, prevista no artigo 3º, inciso II da Constituição Federal, é o fundamento primário do equilíbrio funcional,[622] na medida em que a opção do constituinte originário em tutelar diferenciadamente as pessoas em busca da concretização da igualdade fática é o que legitima a atuação do juiz no sentido da resolução ou da alteração de um contrato desequilibrado. Subsidiariamente, essa atuação encontra respaldo no mesmo artigo 3º, inciso I, que traz os objetivos de justiça e solidariedade.

A enunciação conjunta dos princípios da igualdade substancial e da solidariedade social como fundamentos do princípio do equilíbrio funcional dos contratos justifica-se na necessidade de delimitação do conteúdo da solidariedade[623] que, nos termos constitucionais vigentes, significa promoção da pessoa e não submissão ao grupo.[624] Exatamente por isso é que a solidariedade constitucional, como ressaltado por Pietro Perlingieri, deve ser

---

[620] CANARIS, Claus-Wilhelm. A liberdade e a justiça contratual na sociedade de direito privado. In: MONTEIRO, Antônio Pinto (Coord.). *Contratos*: actualidade e evolução. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p.49-66, p. 58.

[621] Nesse sentido, Claudio Luiz Bueno de GODOY conclui: "[...] a equidade contratual corresponde a um novo paradigma jurídico em quê, mercê de comando constitucional, como se viu, se procura garantir às partes o exercício materialmente igualitário da liberdade de contratar, que a torne efetiva [...]. Portanto, representa o justo contratual uma forma de substancial igualdade na formação e, ainda, no desenvolvimento da relação contratual" (*Função social dos contratos:* novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 39-40).

[622] "A grande contribuição do princípio do equilíbrio contratual para o nosso Direito está no fato de permitir a análise da situação fática, da igualdade substancial, e não meramente formal, sendo de grande contribuição para a aproximação e harmonização de diferentes valores e aspectos, os quais integram o contrato atual" (ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do equilíbrio contratual.* São Paulo: Saraiva, 2012, p. 197).

[623] Como destacado por Paulo NALIN, "na atualidade, afastando-se dos padrões religiosos e das casuísticas hipóteses oferecidas pelo Código Civil, bem como da própria Carta Constitucional brasileira, é factível se extrair um sentido do que seja contratação solidária, mostrando-se imperativa a leitura do Código Civil e a interpretação dos contratos, à luz da Carta. Sob o prisma constitucional, é possível sustentar que, independentemente da escolha ideológica que se faça, a melhor descrição da solidariedade deve estar voltada à verticalização dos interesses do homem, eficaz o suficiente para aniquilar as desigualdades subjetivas e regionais, configurando-se como indissociáveis a solidariedade e a igualdade" (*Do contrato. Conceito pós-moderno:* em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 177).

[624] "A solidariedade [...] pode significar correlação, fraternidade entre os membros da mesma comunidade, mas, também, posição egoísta em relação a quem não faz parte dela ou a quem é membro de uma comunidade concorrente. Esta forma de solidariedade com os objetivos da comunidade não é aquela à qual faz referência o Texto Constitucional, que supera o mito do fim superindividual, não concebendo um interesse superior àquele do pleno desenvolvimento do homem. Este último constitui princípio fundamental de ordem pública (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 36).

compreendida em relação à igualdade e à igual dignidade social. Em síntese, a solidariedade constitucional é aquela funcionalizada ao pleno desenvolvimento da pessoa.[625]

Em apertada síntese, no que diz respeito ao seu conteúdo, a solidariedade constitucional deve, por um lado, se dissociar das ideias de caridade e filantropia e, por outro, se calcar no reconhecimento da interdependência dos homens, seres sociais, coexistentes em um ambiente plural, no qual a liberdade deve ser exercida em consonância com o dever de solidariedade social que, enquanto direito-dever, tem que ser analisado (percebido) em seu aspecto fático, relativo à coexistência humana e também como um valor jurídico, no sentido de reciprocidade e no reconhecimento do outro.

No que diz respeito à sua força jurídica, consigna-se que, se a solidariedade deriva das normas jurídicas prevalentes,[626] só se pode falar em solidariedade social nos estados democráticos de direito contemporâneos que tenham por fundamento maior a dignidade da pessoa humana.

No âmbito jurídico brasileiro, até a promulgação da Constituição de 1988, o significado jurídico da solidariedade era ditado pelo direito obrigacional. A partir de então, a solidariedade alçou *status* constitucional, sendo a ela atribuída uma função eminentemente promocional, atrelada aos conceitos de justiça distributiva e de igualdade substancial,[627] assim como, de elo de coesão social e de conciliação entre o coletivo e o individual.[628]

A justiça distributiva impõe a distribuição dos benefícios e encargos derivados de uma relação intersubjetiva, ou seja, exige mais do que a simples correção de uma situação

---

[625] Nesse sentido, Maria Celina BODIN DE MOARES conclui que o princípio constitucional da solidariedade se identifica "com o conjunto de instrumentos voltados para se garantir uma existência digna, comum a todos, numa sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados" (O princípio da solidariedade. In: *Na medida da pessoa humana:* estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 237-265, p. 247).

[626] DURKHEIM, Émile (1858-1917). Da divisão do trabalho social. In: *Os pensadores.* São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 34.

[627] Cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina, op. cit., p. 248.

[628] A influência transformadora do princípio da solidariedade social na seara contratual foi destacada por Maria Celina BODIN DE MORAES nos seguintes termos: "No campo contratual a alteração não é menos relevante. Outrora uma seara onde partes antagônicas dispunham de ampla liberdade para gravar – a ferro e a fogo – os compromissos que suas vontades estipulassem, o princípio solidarista passa a se impor igualmente neste campo. Daí entender-se que o contrato deixou de ser um simples instrumento de atuação da autonomia privada, para desempenhar, também ele, uma função social. No novo modelo, o enfoque não é mais voluntarista, voltando-se para a busca de um concreto equilíbrio entre as partes contratantes, através, inclusive, do balanceamento entre as prestações, vedada a excessiva onerosidade, e para a observância imperiosa do princípio da boa-fé objetiva, fonte de deveres e de limitação de direitos para ambas as partes" (Op. cit., p. 252).

concreta. Assim, o justo ou equilibrado apresenta-se como critério paritário de distribuição de bens. O equilíbrio buscado não visa a restituição de um *status quo*, mas sim, a modificação de uma realidade que se pretende mais justa e solidária. E, por essa razão, a função promocional da solidariedade tem como um de seus objetivos a igualdade substancial.

Ressalta-se que o objetivo distributivo não é (nem poderia ser) buscado pelo princípio do equilíbrio funcional dos contratos, ficando a cargo de políticas públicas específicas.[629] Por outro lado, solidariedade social e igualdade substancial, se relacionam diretamente ao objetivo de justiça comutativa, inerente às relações interprivadas.[630]

Como é cediço, o princípio da igualdade possui duas dimensões, a formal e a substancial. A primeira, forjada sob a égide do Estado liberal, visa precipuamente a coibir perseguições, assegurando a todos um tratamento igualitário.[631] Seria a igualdade *perante a*

---

[629] Nesse sentido: "L'esigenza di salvaguardare un giusto equilibrio economico e nor-mativo tra le prestazioni e tra le prerogative e i vincoli rispettivi dei contraenti è certo più attendibile e di più immediata comprensione se ricondotta alla formula della giustizia commutativa. Non pare invero sensato assumere il contratto, e il suo controllo e adeguamento giudi-ziale, a strumento per modificare gli assetti distributivi della ricchezza in senso perequativo. In primo luogo, si affiderebbe la funzione distri-butiva alla spontaneità, occasionalità dei contatti contrattuali, alla varie-tà delle loro circostanze, anche relative alle consistenze patrimoniali dei singoli contraenti e alla dimensione economica dei singoli scambi, oltre che alla natura dei beni che ne costituiscono l'oggetto, e ne derivereb-bero quindi effetti redistributivi casuali, non uniformi, disordinati, e quindi in senso generale iniqui oltre che inefficienti. Inoltre, poiché la salvaguardia di valori di giustizia commutativa si riflette in effetti con-servativi della consistenza patrimoniale dei contraenti anteriore alla sti-pulazione, piegare indiscriminatamente il contratto al perseguimento di finalità redistributive implicherebbe il paradosso di interventi impositivi di effetti economici contrattuali in senso commutativo sperequati. (D´ANGELO, Andrea; MONATERI, Pier Giuseppe, SOMMA, Alezzandro. *Buona fede e giustizia contrattuale*. TORINO: Giappichelli Editore, 2005, p. 31).
Em tradução livre: ""A exigência de salvaguardar um justo equilíbrio econômico e normativo entre as prestações e entre as prerrogativas e os respectivos vínculos dos contratantes é, certamente, mais confiável e mais fácil de entender se reduzida à fórmula da justiça comutativa. De fato, não parece sensato atribuir ao contrato, e ao seu controle e ajuste judicial, o papel de ferramenta para alterar as estruturas de distribuição de riqueza em sentido equitativo. A princípio, confiar a função distributiva à espontaneidade, ocasionalidade dos contatos contratuais, à variedade de suas circunstâncias, também relacionadas à solidez patrimonial dos contratantes individuais e à dimensão econômica das próprias trocas, bem como ao tipo de bens que constituem o objeto dos contratos, resultaria efeitos redistributivos de modo aleatório, desiguais, desordenados, e, consequentemente, em um sentido geral, tanto ineficiente quanto injusto. Além disso, como a preservação dos valores de justiça comutativa se reflete em efeitos conservadores do patrimônio dos contratantes antes da celebração, moldar indiscriminadamente o contrato para a prossecução de objetivos de redistribuição, implicaria no paradoxo de intervenções impositivas de efeitos econômicos contratuais em um sentido comutativo desproporcional".

[630] Nesse sentido, Jacques Guestin afirma: "Considéré dans as fonction principale d`instrument des échanges de biens et de services le contrat est, comme les obligations em general, soumis au príncipe de justice commutative. Il ne faut pas qu´il détruise l´équilibre qui existait antérieurement entre les patrimoines; ce qui implique que chacune des parties reçoive l´equivalent de ce qu´elle donne" (GUESTIN, Jacques. Le juste et l´utile dans les effets du contrat. In: MONTEIRO, Antônio Pinto (Coord.). *Contratos*: actualidade e evolução. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p.123-165, p. 125).
Em tradução livre: "Considerado na sua função principal de instrumento das trocas de bens e de serviços, o contrato, como as obrigações em geral, é submisso ao princípio da *justiça comutativa.* Não é necessário que ele destrua o equilíbrio existente anteriormente entre os patrimônios; mas implica cada uma das partes receber o equivalente ao que dá".

[631] A dimensão formal do princípio da igualdade informa que a "lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos"

lei, impondo que "toda norma jurídica seja aplicada a todos os casos que sejam abrangidos por seu suporte fático, e a nenhum caso que não o seja, o que nada mais significa do que dizer que as normas jurídicas devem ser cumpridas".[632]

Já a segunda dimensão, qual seja, a igualdade substancial, denota a função promocional do Direito, abrindo espaço para desigualações permitidas, a fim de concretizar os valores constitucionais. Ocorre que, especialmente ao longo do século XX, tornou-se evidente que os homens não são efetivamente iguais, ao contrário, a igualdade ou desigualdade é sempre relativa a determinadas características, entre as quais, a única comum a todas é a natureza humana.[633] Consequentemente, o enunciado da igualdade deveria vincular não apenas o aplicador da lei, mas também o legislador.[634]

Essa constatação ganha especial relevo com o surgimento do Estado Social, quando passa a dominar o ideário de que o Estado deve atuar diretamente em alguns setores, interferindo na sociedade. Consequentemente, o próprio conteúdo do princípio da igualdade formal é alargado, de sorte a abranger a igualdade perante a lei e a igual dignidade social.[635] Nesse diapasão, ao princípio da igualdade é contraposta a questão atinente ao tratamento a ser conferido aos cidadãos: a) os homens devem ser tratados igualmente? b) o tratamento igual assegura a igualdade?

Ambas as questões foram respondidas negativamente. Em verdade, a constatação da insuficiência da igualdade formal para efetivamente assegurar tratamento equânime ao conjunto das pessoas que naturalmente possuem características distintas, impôs a construção

---

(MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 10). Neste sentido, a Declaração dos Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão, de 1795, em seu artigo primeiro, determinava como direitos dos homens a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, sendo que a igualdade foi definida no artigo terceiro, nos seguintes termos: "a igualdade consiste em que a lei é a mesma para todos, quer proteja, quer puna. A igualdade não admite distinções de nascimento nem hereditariedade de poderes".

[632] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* São Paulo: Malheiros, 2008, p. 394.

[633] "A pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha existir" (ARENDT, Hanna. *A condição humana.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 16). No mesmo sentido: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política.* 10. ed. v.1. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 598).

[634] Como advertido por Robert ALEXY, a igualdade formal nada diz respeito ao legislador que poderá "discriminar como bem lhe aprouver, desde que suas normas discriminatórias sejam observadas em todos os casos, o dever de igualdade na aplicação da lei terá sido satisfeito" (Op. cit., p. 394-395).

[635] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 44.

teórica de uma nova forma de igualdade, a substancial, consubstanciada no reconhecimento da necessidade de tratar as pessoas desiguais, na medida da sua desigualdade.

Assim, chegou-se a uma situação aparentemente contraditória. Se, por um lado, o princípio da igualdade, na sua dimensão formal, veda o tratamento desigual, por outro, em uma perspectiva promocional do Direito, a lei tem como uma de suas funções precípuas, discriminar situações, dispensando tratamentos desiguais. Nesse sentido, a complexidade reside em compatibilizar a isonomia com a natural discriminação legal ou, em outros termos, em concretizar a dimensão substancial da igualdade sem macular o seu aspecto formal.

Sobre essa questão, Pietro Perlingieri[636] afirma inexistir qualquer antagonismo entre igualdade formal e substancial, consignando que ambas estão reciprocamente relacionadas e destinadas ao fim comum que é a igualdade na justiça social.[637] Isso porque, como explica o referido autor, a igualdade não se confunde com paridade de tratamento. Ao contrário, sempre que constatada a disparidade de condições, o tratamento deve ser não paritário, concluindo que:

> a paridade de tratamento justifica-se, sempre, com fundamento na lógica da justiça retributiva e da *par condicio*, enquanto que a igualdade constitucional tende a realizar a igual dignidade social, removendo os obstáculos que limitam a liberdade dos cidadãos, de maneira a realizar a justiça social e distributiva.[638]

Nesse contexto, Celso Bandeira de Mello[639] afirma que o princípio da igualdade não proíbe o tratamento desigual, mas tão somente coíbe desequiparações fortuitas ou injustificadas e, sendo assim, assevera que o *discrímen* não desrespeitará a isonomia se forem observados os requisitos abstratamente considerados relativos ao fator de discriminação e, além disso, se, em concreto, tal fator estiver afinado com os valores constitucionais. Como explica Luís Roberto Barroso, "não será legítima a desequiparação arbitrária, caprichosa,

---

[636] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.47-49.

[637] Complementarmente, Robert ALEXY explica que "para se chegar a uma vinculação substancial do legislador, é necessário interpretar a fórmula 'o igual deve ser tratado igualmente; o desigual, desigualmente' não como uma exigência dirigida à forma lógica das normas, mas como uma exigência dirigida ao seu conteúdo, ou seja, não no sentido de um dever formal, mas de um dever material de igualdade" (*Teoria dos direitos fundamentais.* São Paulo: Malheiros, 2008, p. 399).

[638] PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p.46.

[639] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 18.

aleatória. O elemento de discriminação tem de ser relevante e residente nas pessoas por tal modo diferenciadas. Não pode ser externo ou alheio a elas".[640]

Assim, o fator de discriminação deverá ser fundado em características inerentes às pessoas ou coisas ou situações hábeis a distingui-las das demais, ao mesmo tempo em que a discriminação não pode ser singularizadora mas, sim, deve abarcar todas as pessoas ou coisas ou situações que possuam aquela característica distintiva fundamental. Ademais, deve existir uma correlação lógica entre o fator de discriminação e a distinção alcançada. Por fim, o tratamento desigual só será consentâneo com a isonomia, se superar a análise em concreto de atendimento aos interesses socialmente relevantes protegidos constitucionalmente.[641]

Em síntese, igualdade formal e substancial são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, razão pela qual, em vez de serem antagônicas, operam complementarmente em prol da igualdade na justiça social. Deve-se observar, no entanto, que a prevalência de uma ou de outra dimensão do princípio da igualdade dependerá de justificativa conforme o projeto constitucional, identificada e fundamentada de acordo com o caso concreto.[642]

O princípio da igualdade quando transportado para a seara do direito civil deve ser harmonizado com o "inteiro sistema normativo, segundo a hierarquia de valores e, portanto, com a funcionalização dos institutos civilísticos fundamentais constitucionalmente garantidos".[643] No âmbito contratual, isso irá indicar que o contrato não pode servir de instrumento que possibilite a incidência de lucro exagerado em favor de uma das partes através das prestações contratuais convencionadas. Sendo assim, veda a instituição de

---

[640] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 244.

[641] No mesmo sentido, PERLINGIERI afirma que: "[...] ao mesmo tempo em que se deve afirmar que as razões de distinção, ou mais exatamente, de exceção à igualdade, devem ser merecedoras de consideração, de acordo com o sistema constitucional globalmente considerado. Não se trata de identificar, em abstrato, critérios ontológicos de racionalidade ou de razoabilidade da desigualdade normativa, mas de especificar, em relação ao caso concreto, justificações que sejam tais segundo a lógica do sistema; a esta análise não pode ficar estranha a exigência de justiça social" (*Perfis do direito civil:* introdução ao direito civil-constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 48).

[642] "O princípio da igualdade é violado seja quando, sem justificações constitucionalmente relevantes, cidadãos em situações iguais recebem um tratamento diverso, seja quando cidadãos em situações diferentes e desproporcionadas recebem um tratamento idêntico" (Ibid.).

[643] Ibid, p.49.

cláusulas contratuais que expressem um desequilíbrio real e injustificável entre as vantagens obtidas pelas partes da relação contratual, desconsiderando o próprio sinalagma contratual.[644]

Por essa razão é que a igualdade substancial em conjunto com a solidariedade social ou, simplesmente, a ideia de justiça social, fundamenta o princípio do equilíbrio funcional dos contratos. Nesse sentido, Tereza Negreiros afirma:

> A vedação a que as prestações contratuais expressem um desequilíbrio real e injustificável entre as vantagens obtidas por um e por outro dos contratantes, ou, em outras palavras, a vedação a que se desconsidere o sinalagma contratual em seu perfil funcional, constitui expressão do princípio consagrado no artigo 3º, III, da Constituição: o princípio da igualdade substancial. Com efeito, à luz do princípio da igualdade substancial, pressuposto – como é notório – da justiça social, o contrato não deve servir de instrumento para que, sob a capa de um equilíbrio meramente formal, as prestações em favor de um contratante lhe acarretem um lucro exagerado em detrimento do outro contratante.[645]

É verdade que o constituinte não positivou expressamente o princípio do equilíbrio funcional, assim como também não o fez o legislador de 2002. Contudo, como ressaltado por Miguel Reale, o princípio do equilíbrio econômico dos contratos é posto como "base ética de todo o direito obrigacional"[646] [647]. No mesmo sentido, Antônio Junqueira de Azevedo, em observância à lógica global do sistema, aos institutos vocacionados ao equilíbrio previstos no Código Civil, na Lei nº 1.521, de 1951 e no Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, afirma não restar dúvida de que o referido princípio é parte integrante do ordenamento jurídico brasileiro.[648]

Ademais, como ficou demonstrado, o princípio do equilíbrio funcional tem fundamentação constitucional, traduzindo apenas uma faceta específica dos princípios da igualdade substancial e da solidariedade na seara contratual. Esses dois últimos, em virtude da

---

[644] Como já destacado por Paulo Luiz Neto Lobo, aceitar o princípio da equivalência material ou equilíbrio funcional dos contratos implica superação da dimensão meramente formal da igualdade jurídica, bem como o enfrentamento da desigualdade real de poderes contratuais, geradores de desequilíbrio entre direitos e deveres. (LOBO, Paulo Luiz Neto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. *Jus Navigandi*, ano 7, n. 55. Teresina, 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/2796>. Acesso em: 31 ago. 2014).

[645] NEGREIROS, Tereza. *Teoria do contrato:* novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 157-158.

[646] REALE, Miguel. REALE, Miguel. *Visão geral do projeto de Código Civil*. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>, acesso em: 15/01/2012.

[647] Não obstante a proposta desta tese ultrapassar a mera análise do equilíbrio econômico das prestações contratuais, mostra-se bastante pertinente a ressalva de Miguel Reale.

[648] AZEVEDO, Antônio Junqueira. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. In: *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004, p. 137-147, p. 141.

força normativa das normas constitucionais,[649] podem e devem, assim como todos os demais princípios constitucionais, ser diretamente aplicados às relações privadas, independentemente da existência de norma infraconstitucional.

Consequentemente, deve-se reconhecer o equilíbrio funcional como um princípio jurídico e, como tal, dotado de autonomia, não dependendo, pois, de institutos regulamentados para sua aplicação. Entretanto, duas questões devem ser levantadas. A primeira diz respeito à delimitação do seu conteúdo e a segunda refere-se à operacionalização do princípio, tendo em vista a necessidade de segurança jurídica.

5.2. Proporcionalidade: conteúdo do princípio do equilíbrio funcional dos contratos

O *conteúdo* do princípio do equilíbrio funcional dos contratos, como já adiantado, é ditado pela noção de proporcionalidade.[650] O termo proporcionalidade é usualmente utilizado no âmbito jurídico para indicar uma base de comparação quantitativa entre dois interesses

[649] "[...] na atividade interpretativa o civilista deve superar alguns graves preconceitos, que o afastam de uma perspectiva civil-constitucional. Em primeiro lugar, não se pode imaginar, no âmbito do direito civil, que os princípios constitucionais sejam apenas princípios políticos. Há que se eliminar do vocabulário jurídico a expressão 'carta política', porque suscita uma perigosa leitura que acaba por relegar a Constituição a um programa longínquo de ação, destituindo-a de seu papel unificador do direito privado. [...]. Em segundo lugar, não se pode concordar com os civilistas que se utilizam dos princípios constitucionais como princípios gerais de direito. Os princípios gerais de direito são preceitos extraídos implicitamente da legislação, pelo método indutivo. Quando a lei for omissa, segundo a dicção do artigo 4º da Lei de Introdução, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia e os costumes; e só então, na ausência de lei expressa e fracassada a tentativa de dirimir o conflito valendo-se de tais fontes, decidirá com base nos princípios gerais de direito. No caso dos princípios constitucionais, esta posição representaria uma subversão da hierarquia normativa e uma forma de prestigiar as leis ordinárias e até os costumes, mesmo se retrógrados ou conservadores, em detrimento dos princípios constitucionais que, dessa maneira, só seriam utilizados em sede interpretativa na omissão do legislador, e após serem descartadas a analogia e a fonte consuetudinária. Em terceiro lugar, ainda no que tange à técnica interpretativa, não pode o operador manter-se apegado à necessidade de regulamentação casuística, já que o legislador vem alterando a sua forma de legislar, preferindo justamente as cláusulas gerais, como ocorre repetidas vezes na Constituição, no Código de Defesa do Consumidor, no Estatuto da Criança e do Adolescente e mesmo no Código Civil de 2002" (TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*, tomo. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.1-24, p. 18-19).

[650] Com efeito, a noção de equilíbrio no contrato traz para o seio da teoria contratual a preocupação com o justo [...]. Justo é o contrato cujas prestações de um e de outro contratante, supondo-se interdependentes, guardam entre si um nível razoável de proporcionalidade. Uma vez demonstrada a exagerada ou excessiva discrepância entre as obrigações assumidas por cada contratante, fica configurada a injustiça daquele ajuste, exatamente na medida em que configurada está a inexistência de paridade" (NEGREIROS, Tereza. *Teoria do contrato:* novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 168-169).

contrapostos, bem como princípio jurídico orientador das decisões judiciais. Ambas as acepções são pertinentes ao estudo do princípio do equilíbrio funcional dos contratos.

O princípio da proporcionalidade, como adiante será apresentado, abrange a proporcionalidade em sentido estrito, quando é tida como parâmetro comparativo, razão pela qual se fará referência genérica ao princípio, destacando, quando for o caso, o seu elemento específico. Por hora, afirma-se apenas que a proporcionalidade, enquanto parâmetro comparativo, diz respeito ao conteúdo do princípio e, na segunda acepção indicada, influencia a atuação judicial na concretização do mesmo princípio.

Em relação ao conteúdo, a ideia central é a de que um contrato conforme o princípio do equilíbrio é aquele no qual as vantagens e desvantagens, as prestações e contraprestações derivadas do acordo sejam proporcionais entre si. Isso deriva de três fatores principais: i) ampliação da fonte de juridicidade do contrato; ii) alteração qualitativa da noção de justiça contratual; e iii) alargamento da noção de justiça contratual. Esses fatores correlacionam-se entre si em um ciclo virtuoso de retroalimentação, do qual resulta a possibilidade (e necessidade) de controle interno dos atos de autonomia.

O contrato, na contemporaneidade, encontra sua fonte de juridicidade na autonomia e no ordenamento, razão pela qual instrumentaliza a persecução dos interesses das partes e as finalidades eleitas pelo ordenamento ou, em outros termos, é funcionalizado aos valores prevalentes.[651] Exatamente por isso é que a noção de justiça contratual é qualitativamente alterada e alargada.

A alteração qualitativa, sinteticamente, indica que a justiça contratual passa a ser resultante do exercício legítimo da igualdade substancial e da liberdade efetiva das partes contratantes somadas à equidade, em um ambiente inspirado na solidariedade social. Já o alargamento da noção de justiça contratual se dá com o deslocamento da sua verificação do momento formativo do vínculo apenas, concentrado na consideração pela qualidade do consentimento, a fim de abranger toda a vida e especificidades do contrato.[652]

Nesse contexto, os princípios da obrigatoriedade e da intangibilidade dos contratos têm que ser repensados. Explica-se: se a fonte de juridicidade do contrato repousa na vontade

---

[651] Ver Capítulo 2.

[652] "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 prestações econômicas de ambos os contratantes" (NEGREIROS, Tereza. *Teoria do contrato:* novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 159).

e no ordenamento, seria contraditório afirmar que a sua força obrigatória decorra exclusivamente da vontade, assim como que os contratos seriam intangíveis ou imunes à eventual intervenção judicial. Nessa perspectiva, Jacques Guestin pondera que o contrato somente é obrigatório, enquanto for útil e conforme à justiça contratual.[653]

Em resumo, o autor propõe uma ressignificação do princípio da força obrigatória do contrato, no sentido de que a obrigatoriedade seja decorrente da utilidade social do contrato, a qual é identificada na confiança legítima do cumprimento do pactuado, essencial para o exercício da função principal de troca, desde que o pacto seja justo.[654]

A rigor, se o contrato é autonomia e heteronomia, necessariamente tem que existir espaço para a 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. Nesse sentido, Karl Larenz pondera que, se a validade de um contrato depende do seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico positivo no qual se manifesta, o seu conteúdo não pode ser indiferente a esse mesmo ordenamento.[655]

A proposta dessa tese é a de que esse controle do conteúdo seja realizado pelo princípio do equilíbrio funcional dos contratos, que deve incidir sobre todo o programa contratual (prestações principais, secundárias, acessórias, ônus, prerrogativas etc.) e durante toda a sua existência. Não se resume, portanto, ao equilíbrio das prestações principais apenas, bem como leva em consideração não só o momento formativo do consentimento e/ou a superveniência de fatores externos, mas todo o conjunto contratual, apreciado de forma integral, unitária e dinâmica e guiado pela noção de proporcionalidade.

---

653 Segundo o autor, o justo e o útil são os princípios fundamentais da teoria geral dos contratos, influenciando diretamente a determinação: i) do conteúdo do contrato, por intermédio do procedimento de interpretação e qualificação; ii) do prazo de vigência do contrato e das sanções específicas na hipótese de sua inexecução; iii) da extensão do seu efeito obrigatório, precisando o princípio da oponibilidade. (Cf.: GUESTIN, Jacques. Le juste et l´utile dans les effets du contrat. In: MONTEIRO, Antônio Pinto (Coord.). *Contratos*: actualidade e evolução. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p.123-165).

654 "La force obligatoire du contrat este ainsi fondeé, non sur le dogme de l´autonomie de la volonté, mais sur *le droit objectif*, qui tient compte de son *utilité sociale* et de as conformité à la *justice contractuelle*" (GUESTIN, Jacques. Le juste et l´utile dans les effets du contrat. In: MONTEIRO, Antônio Pinto (Coord.). *Contratos*: actualidade e evolução. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p.123-165, p. 123).
Em tradução livre: "A força obrigatória do contrato é assim fundada, não no dogma da autonomia da vontade, mas no *direito objetivo*, que leva em conta a sua *utilidade social* e a sua conformidade com a *justiça contratual*".

655 No original: "[...] para alcanzar validez jurídica em um ordenamiento jurídico positivo y ser protegido por él, el contrato tiene que ser reconocido por tal ordenamento, de suerte que el contenido contractual no puede resultarle por completo indiferente al ordenamento" (LARENZ, Karl. *Derecho justo*: fundamentos de ética jurídica. Madri: Civitas, 2001, p. 79-80).

5.2.1. Proporcionalidade: parâmetro comparativo entre as obrigações e princípio jurídico norteador das decisões judiciais

A proporcionalidade é eleita como parâmetro comparativo entre as obrigações contrapostas em um contrato, assim como consiste em princípio jurídico balizador das decisões judiciais. A rigor, entre os autores consultados que se dedicaram ao tema do equilíbrio contratual, a noção de proporcionalidade é constantemente apresentada nessas duas acepções, indicando tendência à objetivação da análise do conteúdo dos pactos, não no sentido de se buscar (ou impor) igualdade entre as obrigações contratadas, mas no sentido de uma avaliação e conformação dos pactos, segundo os valores do ordenamento, bem como princípio orientador das decisões judicias.

No primeiro sentido, qual seja, enquanto parâmetro de comparação, Rodrigo Toscano de Brito informa que o conteúdo do princípio da equivalência material é preenchido pela ideia de "justa proporção, igualdade de valores ou, pelo menos, proporção justa entre as prestações".[656] De forma semelhante, Andrea Cristina Zanetti entende que o princípio do equilíbrio contratual visa assegurar a proporcionalidade, não só econômica, mas de direitos e obrigações oriundas de um contrato.[657] E Paulo Luiz Neto Lobo conclui que o princípio da equivalência material preserva a equação e o justo equilíbrio com vistas à manutenção de uma proporcionalidade durante toda a existência do contrato.[658]

Invocando o caráter principiológico, José de Oliveira Ascensão, após afirmar que a proporcionalidade é manifestação da justiça, a indica como critério à disposição do juiz para a correção de graves desproporções contratuais.[659] Pietro Perlingieri, após ponderar que inexiste razão para que o princípio da proporcionalidade não seja aplicado no direito privado, afirma que a proporcionalidade favorece e concretiza outros princípios e valores normativos de relevância constitucional e incide "profundamente sobre a moderna concepção de contrato

[656] BRITO, Rodrigo Toscano de. *Equivalência material dos contratos*: civis, empresariais e de consumo. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 10.

[657] ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do equilíbrio contratual*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 175.

[658] LOBO, Paulo Luiz Neto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. *Jus Navigandi*, ano 7, n. 55. Teresina, 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/2796>. Acesso em: 31 ago. 2014.

[659] ASCENSÃO, José de Oliveira. A nova teoria contratual. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG,* n. 52. Belo Horizonte, jan/jun. 2008. p. 97-126, p. 111.

que, desse modo, distancia-se definitivamente da tradicional interpretação voluntarista do princípio do *pacta sunt servanda"*.[660]

A origem e o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade, segundo a doutrina, ocorreu em duas vertentes distintas, porém convergentes. Como fonte mais remota, segundo Luís Roberto Barroso, liga-se à garantia do devido processo legal, cuja matriz remonta à cláusula *law of the land*, da Magna Charta de 1215 e, posteriormente consagrada nas emendas 5ª e 14ª da Constituição norte-americana.[661] Mais contemporaneamente, teria sido redescoberto pelo constitucionalismo emergente no Pós-Segunda Guerra Mundial, associado aos direitos fundamentais e tendo se desenvolvido especialmente no direito alemão, como informa Paulo Bonavides.[662]

O ordenamento jurídico brasileiro não positivou expressamente o princípio da proporcionalidade, o que não impediu o reconhecimento da sua fundamentação constitucional pela doutrina nacional, bem como a sua aplicação pelos tribunais. Segundo Luís Roberto Barroso, independentemente da filiação à corrente alemã ou à corrente norte-americana, a conclusão será a mesma: o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade integra o direito constitucional brasileiro.[663]

Em doutrina, há quem trate os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como sinônimos,[664] assim como, há quem estabeleça uma distinção entre eles, a partir da sua origem, indicando que o princípio da proporcionalidade seria originário do direito alemão, e o princípio da razoabilidade derivaria da construção anglo-saxônica.[665] Nessa sede, os termos são empregados indistintamente, vez que os conceitos mantêm entre si uma relação de fungibilidade, sendo ambas as expressões utilizadas pela doutrina e jurisprudência pátria para

---

[660] PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional***.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 404-405.

[661] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição.* 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 218.

[662] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p.392-436.

[663] BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 237.

[664] Cf. BARROSO, Luís Roberto, op. cit.

[665] Cf. CLÉVE, Clémerson Merlin.; FREIRE, Alexandre. (Orgs.). *Novas dimensões da teoria dos direitos fundamentais (aludindo ao princípio da proporcionalidade*): uma abordagem filosófica. v.1. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; BRANCO Luiz Carlos. *Equidade, proporcionalidade e razoabilidade.* São Paulo: RCS Editora, 2006.

designar um juízo de valor executado pelo intérprete e aplicador do direito, especialmente em relação ao princípio da igualdade.

Adotando a construção norte-americana, o princípio estaria subsumido na garantia do devido processo legal, e seguindo a linha de inspiração alemã, o princípio restaria vinculado ao direito constitucional através dos direitos fundamentais ou, ainda, seria reconhecido como princípio constitucional implícito.[666] Nessa última perspectiva, Paulo Bonavides conclui que o princípio da proporcionalidade é direito positivo no ordenamento jurídico brasileiro, derivado do §2º do artigo 5º da Constituição Federal.[667]

Seguindo a produção jurídica alemã, a doutrina brasileira usualmente caracteriza o princípio da proporcionalidade a partir de três elementos ou subprincípios:[668] i) *adequação ou pertinência*, que exige que as medidas adotadas sejam aptas ao atingimento dos fins pretendidos e, em última instância, impondo a vedação ao arbítrio; ii) necessidade, a determinar que a medida adotada não exceda os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo almejado, o que significa o dever de escolher o meio menos gravoso; e, iii) *proporcionalidade em sentido estrito*, impondo a ponderação aos interesses em jogo, notadamente entre o ônus e o benefício decorrentes da medida.

O princípio da proporcionalidade tem seu campo de incidência mais tradicional e consolidado no âmbito do direito público. Entretanto, uma vez reconhecida a sua fundamentação constitucional, não há porque negar a sua aplicação no direito privado, seja em virtude do caráter unitário do ordenamento, incompatível com a divisão binária entre direito público e direito privado, seja em razão da aplicabilidade direta das normas constitucionais a todas as relações jurídicas.

---

[666] O princípio da proporcionalidade estaria implícito nos incisos V, X e XXV, do artigo 5º; nos incisos IV, V e XXI, do artigo 7º; no §3º, do artigo 36; no inciso IX, do artigo 37; no §4º, no inciso II, letras c, d, no inciso V, do artigo 40; no §1º, do artigo 45; no inciso VIII, do artigo 71; no parágrafo único do artigo 84; nos incisos II e IX, do artigo 129; no §1º, do artigo 149; no artigo 170; no artigo 173 e seus parágrafos 3º, 4º e 5º; no §1º, do artigo 174; e no inciso IV, do artigo 175, todos da Constituição Federal.

[667] "O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como 'norma jurídica global', flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o §2º do artigo 5º, o qual abrange a parte não escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição" (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 436).

[668] Cf.: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição.* 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004; BONAVIDES, Paulo, op. cit.; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Ademais, como sublinhado por Paulo Bonavides,[669] ainda que o princípio da proporcionalidade não tenha sido expressamente previsto como norma geral de direito, existe como norma esparsa no texto constitucional, podendo ser inferido de outros princípios e normas, dentre as quais, o artigo 170 da Constituição Federal, delimitador da ordem econômica e fundamento dos atos de autonomia patrimonial. Soma-se ainda o fato de que, se a função primordial do princípio da proporcionalidade é estabelecer a relação entre os fins e os meios, identificando-se com a ideia de justa medida e com o objetivo de permitir o controle do excesso, as relações privadas, notadamente as contratuais, mostram-se campo não só propício à incidência do princípio, mas, sobretudo, onde a sua aplicação é de todo necessária.

Nessa perspectiva, no âmbito das relações contratuais, a proporcionalidade, ao lado do princípio da igualdade, informa sobre a legitimidade e adequação do tratamento desigual entre os sujeitos, ao mesmo tempo em que protege a liberdade e, simultaneamente, fornece subsídios para as suas eventuais limitações,[670] seja através da atuação preventiva do legislador, seja através da atuação interpretativa e corretiva do julgador.[671]

Para os fins aqui propostos, quais sejam, a delimitação do conteúdo do princípio do equilíbrio funcional dos contratos, sobreleva a potencialidade do critério da proporcionalidade para a atuação interpretativa e corretiva do magistrado. E, no desempenho dessas duas últimas funções, o princípio da proporcionalidade caminha junto com a equidade. Nesse sentido, Pietro Perlingieri assevera:

> O princípio da proporcionalidade, assumindo um alcance geral no sistema, é destinado a exercer um papel ainda mais relevante seja na interpretação contratual, preenchendo de conteúdo a própria interpretação segundo a equidade, seja no delicado controle de valor das cláusulas e da inteira composição negocial, seja enfim no mais amplo processo de individuação da normativa a aplicar no caso concreto.[672]

---

[669] BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 435.

[670] A experiência jurisprudencial demonstra que o princípio em voga não só pode, como já vem sendo aplicado na solução de conflitos de direito de privado, como por exemplo, como critério para a determinação do *quantum* indenizatório da reparação por dano moral; para a determinação do valor de pensão alimentícia e, mais recentemente, para fundamentar a inscrição do devedor de alimentos no cadastro de inadimplentes; para afastar cláusula inserida em contrato de adesão etc.

[671] Isso porque, como destacado por Luís Roberto Barroso, o princípio da proporcionalidade permite que o julgador "gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto" (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 373).

[672] PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional***.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 409.

A equidade, no ordenamento jurídico brasileiro, representa um princípio ético e um critério de decisão judicial, calcado nas ideias de igualdade e de proporcionalidade.[673] No desempenho da função interpretativa, é critério de adequação da norma ao caso concreto, em conformidade com a igualdade e a proporcionalidade, vez que, "mediante juízos de equidade, se amenizam as conclusões esquemáticas da regra genérica, tendo em vista a necessidade de ajustá-la às particularidades que cercam certas hipóteses da vida social".[674]

Wilson Melo da Silva ilustra essa função da equidade a partir de uma analogia entre as leis e as lojas de roupas, que ofertam modelos seguindo uma determinada padronização ajustada à média de certo manequim. Afirma o referido jurista que "o tipo médio, ideal, nem sempre se amolda aos clientes do mesmo número ou do mesmo manequim, do que resulta a necessidade do trabalho de pequenas adaptações". E, sendo assim, conclui que a equidade desempenha semelhante papel no mundo do direito, onde se faz necessário "esse mesmo trabalho de adaptação da norma ideal ao caso concreto".[675]

Exatamente nesse aspecto é que a equidade e o princípio da proporcionalidade mais se aproximam. Ambos se voltam para a justiça do caso concreto, perfazendo instrumentos eficazes de apoio às decisões judiciais. O princípio da proporcionalidade auxilia na averiguação da adequação entre meios e fins, indicando ou não a necessidade de ato de correção, o qual será feito em conformidade com a equidade. O desempenho da função corretiva se dá especialmente na seara dos contratos, a exemplo da redução da cláusula penal, prevista no artigo 413 do Código Civil,[676] bem como da possibilidade de o juiz revisar o valor da prestação devida que, por fatores supervenientes e imprevisíveis, tenha se tornado

---

673 "Ressalte-se, de início, que a *sedes materiae* da equidade está no problema da realização integral da Justiça, pelo que Justiça e equidade são inseparáveis. A justiça é uma virtude que consiste em dar a cada um o que é seu. [...]. Representa basicamente uma preocupação com a igualdade e com a proporcionalidade. A primeira implica uma correta aplicação do Direito, de modo a evitar o arbítrio; a segunda significa tratar de modo igual os iguais e de modo desigual os desiguais, na proporção de sua desigualdade e de acordo com o seu mérito. Equivalência e proporção" (AMARAL, Francisco. A equidade no Código Civil Brasileiro. *Revista CEJ*, n. 25. Brasília, abr./jun. 2004, p.16-23, p. 17).

674 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito.* 27. ed. (2002). 10. tir. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 298-299.

675 SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p.161-162.

676 Artigo 413, CC 2002. 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.

manifestamente desproporcional quando comparado ao momento da constituição do vínculo obrigacional.[677]

Desde já esclarece-se que, em que pese o princípio da proporcionalidade e o princípio do equilíbrio funcional dos contratos terem uma grande área de interseção, não se confundem. Comungam de premissas comuns e dialogam entre si, como não poderia deixar de ser, na medida em que se desenvolvem na mesma ambiência jurídica. No entanto, enquanto o primeiro é um princípio geral que deve nortear toda e qualquer decisão judicial e, por essa razão, também àquelas sobre relações contratuais, o segundo, é específico para o campo contratual, o que permite a sua construção em atenção às especificidades da realidade contratual.

Ademais, o princípio do equilíbrio funcional dos contratos é preenchido pela noção de proporcionalidade estrito senso. E, uma vez identificada a desproporção e/ou o desequilíbrio grave a partir do parâmetro da proporcionalidade, a atuação corretiva do magistrado será guiada, como não poderia deixar de ser, pelo princípio da proporcionalidade.

Em suma, não compete ao princípio do equilíbrio funcional dos contratos impor a igualdade entre as prestações, mas, tão somente, corrigir os graves desequilíbrios, orientado pela noção de proporcionalidade que, para além de parâmetro comparativo, é também princípio jurídico, cuja incidência sobre a relação entre direitos e obrigações, "vale não para impor uma equivalência entre prestações, mas para evitar uma desproporção excessiva e injustificada entre elas".[678]

5.2.2. Exemplos de aplicação do critério da proporcionalidade nas obrigações contratuais: redução da cláusula penal e das arras penitenciais

A cláusula penal[679] consiste em pacto acessório a um ato jurídico, notadamente o contrato, pelo qual as partes pré-estipulam o montante indenizatório devido na eventualidade

[677] Artigo 317, CC 2002. 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.

[678] PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional***.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 411.

[679] "A cláusula penal é um pacto acessório ao contrato ou a outro ato jurídico, efetuado na mesma declaração ou declaração à parte, por meio do qual se estipula uma pena, em dinheiro ou outra utilidade, a ser cumprida pelo devedor ou por terceiro, cuja finalidade precípua é garantir, alternativa ou cumulativamente, conforme o caso,

do inadimplemento total ou parcial, exercendo, portanto, a dupla função de prefixação das perdas e danos e de reforço do vínculo obrigacional.[680] Tal instrumento a serviço da autonomia privada já era previsto no Código Civil de 1916 (artigos 916-927), tendo sido reproduzido como pequenas, mas substanciais alterações no Código Civil de 2002 (artigos 408-416), entre as quais, importa destacar o espaço para o controle judicial sobre a cláusula penal convencionada pelas partes.

Um primeiro aspecto que não sofreu alterações com o advento do Código Civil de 2002, é o do limite à cláusula penal. A legislação civil anterior já previa a limitação da cláusula penal ao valor da obrigação principal. Essa limitação, mantida no Código Civil de 2002, tem função eminentemente protetiva à justiça contratual,[681] posto que se presta a evitar distorções no caráter comutativo do contrato considerando a relativa imutabilidade da cláusula penal. Além da referida limitação genérica, alguns diplomas legais trazem parâmetros específicos de limitação à cláusula penal para situações específicas às quais se reconheceu a necessidade de proteção diferenciada.[682]

No que diz respeito ao controle judicial do conteúdo da cláusula penal, o Código Civil de 1916 trazia a possibilidade de o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada quando a obrigação tivesse sido em parte cumprida,[683] ao mesmo tempo em que vedava ao devedor eximir-se de cumprir a penalidade fixada em virtude de ela ser excessiva.[684]

As decisões dos tribunais inicialmente eram orientadas pela literalidade das previsões legais e no sentido da excepcionalidade da redução apenas nas hipóteses previstas pelo

---

em benefício do credor ou de outrem, o fiel cumprimento da obrigação principal, bem assim, ordinariamente, constituir-se na pré-avaliação das perdas e danos e em punição do devedor inadimplente" (FRANÇA, Rubens Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 7).

680 "A cláusula penal serve, de um lado, como prefixação das perdas e danos devidos em caso de inadimplemento; e, de outro, como reforço da obrigação ou estímulo ao devedor para o cumprimento da prestação" (TEPEDINO, Gustavo, SCHREIBER, Anderson. AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código civil comentado:* direito das obrigações (arts. 233 a 420). v. 4. São Paulo: Atlas, 2008, p. 390).

681 GOMES, Orlando. *Obrigações*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 191-192.

682 Cf.: artigo 9º, Decreto 22.626, de 1933 (Lei da Usura) e artigo 52 do CDC.

683 Artigo 924, CC 1916. Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento.

684 Artigo 927, CC 1916. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. O devedor não pode eximir-se de cumpri-la, a pretexto de ser excessiva.

legislador, ou seja, quando a cláusula penal ultrapassava o valor da obrigação principal[685] ou na hipótese de cumprimento parcial.[686] Posteriormente, no entanto, a jurisprudência caminhou no sentido de reconhecer a evolução gradual do instituto diante dos novos paradigmas do direito privado, aferindo um caráter de ordem pública ao artigo 924 do Código Civil de 1916 e afastando a estipulação das partes quanto ao pagamento integral da cláusula penal, mesmo em caso de adimplemento parcial.[687]

Essa mudança de perspectiva da jurisprudência é evidenciada no julgamento do Recurso Especial nº 48.176-7.[688] A controvérsia girava em torno da possibilidade de o juiz reduzir a pena convencional diante do inadimplemento absoluto. No caso, a Esso Brasileira de Petróleo e o Auto Posto Flor do Bairro haviam celebrado entre si contratos de comodato de equipamentos e fornecimento de produtos. O contrato sequer chegou a ter a sua execução iniciada em virtude de fato imputado ao Auto Posto. Em razão do inadimplemento, a Esso Brasileira pretendeu a execução da cláusula penal convencionada entre as partes.

---

[685] Artigo 920, CC 1916, repetido no artigo 412 do CC 2002. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

[686] Nesse sentido: Ementa: "Direito Civil. Cláusula penal. Redução. Exceção. Processo Civil. Reconhecimento do pedido. Inocorrência. - *A cláusula penal, em princípio, não enseja redução. Essa regra, no entanto, cede passo nas hipóteses da pena cominada exceder o valor da obrigação principal e do artigo 924 do Código Civil.* - No âmbito do recurso especial não se interpretam cláusulas contratuais, consoante entendimento já solidificado na vigência do sistema constitucional anterior. - O cumprimento de obrigação de fazer após o ajuizamento da causa não significa reconhecimento do pedido, que ocorre quando o réu afirma não ter os direitos pertencentes ao autor que lhe está demandando. (STJ, 4ª T., REsp 1.642. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j: 13/2/1990).

[687] Ementa: Direito civil. Redução pelo juiz da pena convencional. Faculdade outorgada pelo legislador ao magistrado. Inderrogabilidade por convenção das partes. Exegese do artigo 924 do Código Civil. Doutrina e jurisprudência. I – A faculdade conferida ao juiz pelo artigo 924 do Código Civil prevalece mesmo em face de expressa convenção em contrário das partes no sentido de ser a multa devida por inteiro em caso de inadimplemento parcial da obrigação. II – A moderna doutrina e a atual jurisprudência se opõem à clássica doutrina civilista da supremacia da vontade, preferindo optar pelo caráter social de proteção à parte presumidamente mais frágil. (STJ, 4º T., REsp 11.527-0/SP. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j: 1/4/1992).
No mesmo sentido, em doutrina, Miguel Reale já destacava: "Lembre-se, para não dar senão um exemplo, o disposto no artigo 924 do Código Civil, que faculta ao juiz a redução da multa nos contratos, proporcionalmente ao tempo de seu adimplemento. Durante muito tempo, entendeu-se que aquele artigo era meramente dispositivo, de maneira que as partes podiam resolver de maneira diversa, estabelecendo a obrigatoriedade do pagamento integral da multa, qualquer que fosse o prazo da execução contratual. E assim se respeitou durante muito tempo. Enquanto perdurou a concepção individualista do Direito, enquanto foi valor predominante o da autonomia absoluta da vontade, não se reconheceu ao juiz o poder de considerar sem validade a cláusula contratual, mesmo quando era exigida a multa por inteiro na véspera do término do contrato. Com a mudança das circunstâncias históricas, com a alteração da tábua dos valores que informa a vida jurídica, o mesmo preceito legal, sem ter sofrido qualquer alteração de ordem lógico-formal, passou a ser interpretado pela doutrina e pela jurisprudência como preceito cogente ou de ordem pública, devendo prevalecer contra qualquer disposição nos contratos que declarasse exigível a todo tempo a totalidade da multa. O que se alterou foi o prisma histórico-social de aferição normativa do mesmo fato" (REALE, Miguel. *Filosofia do Direito.* vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 518-519).

[688] STJ, 3T. REsp 48.176-7. Rel. Min. Eduardo Ribeiro. J.: 12/12/1995.

O Tribunal de origem, decidindo por equidade, entendeu pela redução da penalidade, uma vez que o pagamento integral superaria em muito o valor dos danos, bem como levaria ao enriquecimento indevido de uma parte e a ruína da outra. Em face dessa decisão, a Esso Brasileira interpôs recurso especial, ao fundamento da vulneração dos artigos 924 e 927 do Código Civil, bem como do artigo 127 do Código de Processo Civil, que determina que o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

O Ministro Eduardo Ribeiro, em seu voto, analisou cada um dos argumentos. Inicialmente, tratou de consignar que o recurso à equidade se deu em conformidade com o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que determina que "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum", com respaldo no artigo 126 do Código de Processo Civil, que admite procedimentos de integração.[689] E, sobre essa questão, concluiu que "a justiça do caso concreto é que informará o recurso à analogia ou aos princípios gerais do direito".[690]

Em seguida, procedendo a uma interpretação evolutiva e em conformidade com o posicionamento do próprio STJ da regra contida no artigo 924, conclui que o fato de a referida norma prever a possibilidade de redução da pena perante o cumprimento parcial, não vedava a possibilidade de redução em outras hipóteses.[691] Em relação à segunda parte do artigo 927, que determina que o devedor não se pode eximir de cumprir a pena em virtude de ser excessiva, entendeu que tal regra estava sendo cumprida, porém, após a sua redução.[692]

---

[689] Artigo 126, CPC. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

[690] STJ, 3T. REsp 48.176-7. Rel. Min. Eduardo Ribeiro. J.: 12/12/1995, p. 2.

[691] "O artigo 924 certamente não foi violado. Do fato de aí se prever a redução da pena, proporcional ao cumprimento do contrato, não se concluirá que em outras hipóteses não o possa ser. [...]. Dir-se-á que, de qualquer sorte, a prefixação dos prejuízos foi estabelecida pelos contratantes, o que é verdade. Entretanto, parte-se do suposto de que haja uma certa equivalência. Assim não fosse, haveria de admitir-se o pacto de irredutibilidade da pena convencional e a tendência hoje dominante é de ter como de ordem pública o que se contém no dispositivo em exame" (STJ, 3T. REsp 48.176-7. Rel. Min. Eduardo Ribeiro. J.: 12/12/1995, p. 2).

[692] "O fato de a pena ser excessiva, ou seja, ultrapassar o valor dos prejuízos não será razão para que o devedor deixe de cumpri-la. Coisa diversa, porém, é quando, nas circunstâncias, evidencie-se que vai muito além do dano causado pela inadimplência, conduzindo ao enriquecimento de um e à destruição econômica do outro, em afronta às exigências da justiça e da equidade. Reduzi-la, em tal caso, atenderá a que constitui prefixação de perdas e danos, sem que entre uma e outra se exija exata correspondência, e atenderá ao princípio que inspira a norma do artigo 924" (STJ, 3T. REsp 48.176-7. Rel. Min. Eduardo Ribeiro. J.: 12/12/1995, p. 3).

Evolução semelhante se verificou no ordenamento jurídico italiano,[693] que prevê, no artigo 1.384 do Código Civil,[694] norma semelhante à do artigo 413, com a diferença de que naquele a redução é apresentada como uma possibilidade e não como um dever do juiz.

Em um primeiro momento, a jurisprudência italiana entendeu que a redução não poderia ser feita de ofício, sendo necessária uma exceção especial do devedor. Esse entendimento, no entanto, foi alvo de críticas por parte da doutrina, ao argumento principal de que contradizia os princípios gerais sobre nulidade. Isso porque, uma cláusula manifestamente excessiva, seria nula por ilicitude, razão pela qual deveria ser atacada de ofício.[695] Essa crítica não se mostrou suficientemente forte, em virtude da exigência de coordenação entre os princípios da demanda e da disponibilidade de provas, para o fim da atuação de ofício. Assim, permaneceu o entendimento de que, para que o devedor inadimplente alcance a redução da cláusula penal, deveria ter o ônus de deduzir e comprovar a excessividade da penalidade a ele cominada.

Mais recentemente, a partir de uma leitura do artigo 1.384 do Código Civil italiano à luz do artigo 2º da Constituição daquele país, que impõe o dever de solidariedade entre os contratantes, alterou-se o posicionamento jurisprudencial até então prevalente, reconhecendo-se que o juiz tem o poder de reduzir a cláusula penal, independentemente da manifestação do devedor.[696] Pietro Perlingieri assevera que tal mudança de posicionamento foi ao encontro de

---

[693] Cf.: CAMILETTI, Francesco. *Profili del problemi dell´equilibrio contrattuale.* Milano: Giuffrè, 2004, p. 90-95.; PERLINGIERI, Pietro. Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, vol. 12, Rio de Janeiro: PADMA, 2002, p.131-168, p. 139-147.

[694] Artigo 1.384, CC italiano. Riduzione della penale.
La penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento (1181, 1526-2, att. 163).
Em tradução livre: "Redução da penalidade. A pena pode ser diminuída de forma equitativa pelo juiz, se a obrigação principal for realizada em parte ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, considerando o interesse do credor no adimplemento (1181, 1526-2, att. 163) ".

[695] CAMILETTI, Francesco, op. cit., p. 90.

[696] Comentando a mudança de posicionamento jurisprudencial, Francesco Camiletti, destaca: "Secondo la Corte Regolatrice il principio trova la própria giustificazione nell´articolo 2 Cost. Ed è quindi ricollegato al generale dovere di solidarietà tra i consociati; com la conseguenza che al giudice è attribuito il potere di accertare, anche *ex officio*, se il regolamento contrattuale voluto dalle parti non travalichi i principi di eguaglianza e giustizia sostanziale tra i privati imponendo sacrifici eccessivi ad um contraente e vantaggi esagerati all´altro, rispetto alle finalità che le parti si erano prefisse mediante la constituzione del rapporto negoziale" (*Profili del problemi dell´equilibrio contrattuale.* Milano: Giuffrè, 2004, p. 91).
Em tradução livre: "Isso, no entanto, contradizia os princípios gerais estabelecidos quanto à nulidade. Com efeito, se a cláusula , que prevê uma sanção manifestamente excessiva, comumente é considerada como geradora de intereses indignos de tutela e, portanto, nula por ilicitude, tal nulidade do contrato deveria e poderia ser pronunciada de ofício pelo juiz".

uma doutrina que reconhece que o poder de redução equitativa da pena, independentemente de um ato de iniciativa do devedor, justifica-se na finalidade de realização de um interesse objetivo do ordenamento.[697]

No caso brasileiro, a construção jurisprudencial, ao que parece, foi internalizada e positivada pelo legislador no artigo 413, que estabelece que

> a penalidade deve ser reduzida equitativamente 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 disciplina da cláusula penal evidencia que os atos de autonomia são tutelados não por resultarem do exercício de uma liberdade, mas enquanto forem legítimos e conforme aos valores do ordenamento. Assim é que se garante aos estipulantes a possibilidade de convencionarem uma penalidade para o inadimplemento dos contratos que celebram, mas, restringe-se essa liberdade, que só será legitimamente exercida se observar os limites próprios da atividade negocial, em observância às normas de ordem pública, ao limite do valor da própria obrigação principal (artigo 412 do Código Civil de 2002), à natureza e finalidade do negócio (artigo 413 do Código Civil de 2002).

De início já se verifica que se trata de um dever[698] e não de uma faculdade: o juiz deve e não apenas pode reduzir a cláusula penal nas hipóteses de cumprimento parcial e/ou excessividade manifesta do seu montante.[699] Trata-se, portanto, de preceito de ordem pública,

---

[697] PERLINGIERI, Pietro. Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, vol. 12, Rio de Janeiro: PADMA, 2002, p.131-168, p. 139-140.

[698] CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA PELO RELATOR. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. POSSIBILIDADE. CPC, ARTIGO 544, § 4º, II, "C"**. CLÁUSULA PENAL.** CUMPRIMENTO PARCIAL DA AVENÇA. **REDUÇÃO PROPORCIONAL NECESSÁRIA. OBRIGATORIEDADE**. ARTIGO 413 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. DISPOSITIVO PREQUESTIONADO. FATOS DELINEADOS NAS DECISÕES ORIGINÁRIAS. REEXAME DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E ANÁLISE DE MATERIAL PROBATÓRIO. DESNECESSIDADE. SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ. INAPLICABILIDADE. DECISÃO MANTIDA.
[...] 3. **A norma do artigo 413 do Código Civil vigente impõe ao juiz determinar a redução proporcional da cláusula penal na hipótese de cumprimento parcial da obrigação**. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (grifou-se) (STJ, 4T. AgRGno AREsp 35.3304. Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira. DJe.: 14/11/2014).

[699] Sobre a evolução jurisprudencial sobre o tema, culminando na redação do artigo 413, Gustavo TEPEDINO conclui: "tais foram os antecedentes justificadores do artigo 413 do Código Civil de 2002, o qual, seguindo a tendência jurisprudencial, tornou-o imperativo, atribuindo ao juiz o dever (não mais a faculdade) de aplicar o mecanismo em exame, e com equidade, aludindo ainda o codificador à finalidade do negócio, como forma de aferir se no caso concreto há compatibilidade funcional entre a cláusula penal e os fins perseguidos pelas partes" (TEPEDINO, Gustavo. Efeitos da crise econômica na execução dos contratos. In: *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.85-131, p.109).

inderrogável pela vontade das partes.[700] Essa alteração no âmbito de atuação judicial em relação à cláusula penal vai ao encontro da necessária adequação da teoria contratual aos princípios constitucionais e à concepção renovada da autonomia privada: ao mesmo tempo em que se reconhece aos indivíduos a liberdade para determinar o conteúdo das negociações, impõe o cumprimento dos limites legais.

Esses limites, na hipótese da cláusula penal, se traduzem, na avaliação do equilíbrio contratual. E, sendo a redução equitativa da cláusula penal um dever imposto ao juiz na hipótese de cumprimento parcial ou de desproporção manifesta, evidente que o interesse protegido não é apenas o do devedor, mas de todo o ordenamento jurídico. Isso porque, a estipulação e execução de uma cláusula penal manifestamente excessiva em relação à natureza e à finalidade do negócio, configura um exercício ilegítimo da autonomia privada. Em outras palavras, a previsão de uma cláusula penal excessivamente onerosa é em si uma situação de abuso do direito, que deve ser repelida através da possibilidade de atuação judicial corretiva, independentemente da demanda da parte.

Verifica-se, ainda, da análise do referido dispositivo, que o legislador, a fim de realizar um efetivo controle do equilíbrio das obrigações contrapostas, deslocou o momento do controle da fase formativa para a fase executiva do contrato. Isso permite concluir que o objeto de controle deixa de concentrar-se na qualidade do consentimento para efetivamente, voltar-se para o conteúdo objetivo do contrato, tal qual ele se manifesta durante toda a sua existência.

O legislador, além de aludir apenas e expressamente aos parâmetros objetivos, consubstanciados na natureza e na finalidade do negócio, não exigiu qualquer tipo de consideração a algum requisito subjetivo, tais como estado de necessidade, inexperiência ou mesmo leviandade da parte. Consequentemente, a generalidade da previsão e a sua vinculação à natureza e à finalidade do contrato permitem ao magistrado exercer de forma mais efetiva o controle de legitimidade do ato, além de expressamente estabelecer mitigação da vontade das partes em razão do imperativo de equilíbrio e proporcionalidade.

---

[700] Nesse sentido foi aprovado o Enunciado 355, na IV Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho de Justiça Federal em 2006: "não podem as partes renunciar à possibilidade de redução da cláusula penal se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no artigo 413 do Código Civil, por se tratar de preceito de ordem pública". Na mesma ocasião foram aprovados outros quatro enunciados sobre cláusula penal: Enunciado 356: Nas hipóteses previstas no artigo 413 do Código Civil, o juiz deverá reduzir a cláusula penal de ofício; Enunciado 357: O artigo 413 do Código Civil é o que complementa o artigo 4º da Lei n. 8.245/91. Revogado o Enunciado 179 da III Jornada; Enunciado 358: O caráter manifestamente excessivo do valor da cláusula penal não se confunde com a alteração das circunstâncias, a excessiva onerosidade e a frustração do fim do negócio jurídico, que podem incidir autonomamente e possibilitar sua revisão para mais ou para menos; Enunciado 359: A redação do artigo 413 do Código Civil não impõe que a redução da penalidade seja proporcionalmente idêntica ao percentual adimplido.

A rigor, a partir da aplicação do artigo 413, principalmente, o Superior Tribunal de Justiça vem procedendo claramente à necessária releitura do direito contratual, a partir de uma ponderação entre autonomia, igualdade e justiça material. Dois julgados em especial evidenciam a preocupação com o equilíbrio das relações contratuais, bem como a possibilidade de alargamento ou redução do conteúdo contratual em prestígio ao equilíbrio.

No julgamento do Recurso Especial nº 1.119.740, de relatoria do Ministro Massami Uyeda,[701] a questão central cingia-se em definir se a cláusula penal inserida em um contrato e dirigida a um dos contratantes apenas poderia ser imposta ao outro.[702] Tratava-se de uma promessa de compra e venda realizada entre uma incorporadora imobiliária (promitente-vendedora) e uma pessoa natural (promitente-compradora), antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual tal diploma não foi aplicado para o deslinde.

A incorporadora inadimpliu a sua obrigação, retardando a entrega do imóvel em 14 anos e, em virtude da mora, a promitente-compradora exigiu judicialmente a aplicação da cláusula penal que, nos termos do contrato, incidiria exclusivamente em desfavor da adquirente, na eventualidade do seu inadimplemento. Em primeiro e segundo graus, o pedido foi julgado improcedente, aos fundamentos principais da preservação da autonomia da vontade das partes e do respeito ao princípio do *pacta sunt servanda* (sentença), bem como da vedação do enriquecimento sem causa, argumento deduzido na decisão em sede de apelação.

---

[701] Ementa: RECURSO ESPECIAL - CONTRATO BILATERAL, ONEROSO E COMUTATIVO - CLÁUSULA PENAL - EFEITOS PERANTE TODOS OS CONTRATANTES- REDIMENSIONAMENTO DO QUANTUM DEBEATOR -NECESSIDADE – RECURSO PROVIDO.
1. A cláusula penal inserta em contratos bilaterais, onerosos e comutativos deve voltar-se aos contratantes indistintamente, ainda que redigida apenas em favor de uma das partes. 2. A cláusula penal não pode ultrapassar o conteúdo econômico da obrigação principal, cabendo ao magistrado, quando ela se tornar exorbitante, adequar o *quantum debeatur*. 3. Recurso provido. (STJ, 3T. REsp 1.119.740. Rel. Min. Massami Uyeda. DJe 13/10/2011 (RT vol. 914 p. 547).

[702] A questão atinente à bilateralidade de cláusula penal moratória originalmente estipulada em desfavor de um contratante apenas, também foi objeto de análise no julgamento do Recurso Especial 955.134, cuja ementa transcreve-se em parte: DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESCISÃO POR CULPA DA CONSTRUTORA (VENDEDOR). DEFEITOS DE CONSTRUÇÃO. ARBITRAMENTO DE ALUGUÉIS EM RAZÃO DO USO DO IMÓVEL. POSSIBILIDADE. PAGAMENTO, A TÍTULO DE SUCUMBÊNCIA, DE LAUDO CONFECCIONADO EXTRAJUDICIALMENTE PELA PARTE VENCEDORA. DESCABIMENTO. EXEGESE DOS ARTS. 19 E 20 DO CPC. **INVERSÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL QUE PREVIA MULTA EXCLUSIVAMENTE EM BENEFÍCIO DO FORNECEDOR, PARA A HIPÓTESE DE MORA OU INADIMPLEMENTO DO CONSUMIDOR. POSSIBILIDADE**.
[...] 2. Seja por princípios gerais do direito, seja pela principiologia adotada no Código de Defesa do Consumidor, seja, ainda, por comezinho imperativo de equidade, mostra-se abusiva a prática de se estipular penalidade exclusivamente ao consumidor, para a hipótese de mora ou inadimplemento contratual, ficando isento de tal reprimenda o fornecedor - em situações de análogo descumprimento da avença. Assim, prevendo o contrato a incidência de multa moratória para o caso de descumprimento contratual por parte do consumidor, a mesma multa deverá incidir, em reprimenda do fornecedor, caso seja deste a mora ou o inadimplemento. [...]. (STJ, 4T. REsp 955.134. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJe: 29/8/2012).

Os ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, entenderam diversamente.

Em um cuidadoso voto, o Ministro Relator, apesar de reconhecer o princípio da força obrigatória dos contratos, advertiu para sua relativização à luz dos princípios da boa-fé, da função social e da equivalência. Ressaltou, ainda, que para se extrair a real declaração volitiva dos contratantes, o intérprete deveria considerar não apenas a literalidade das cláusulas contratuais, mas também o tipo de contrato celebrado e seus efeitos e, a partir dessas considerações, ser todo o programa contratual interpretado à luz dos referidos princípios.

Com base nessa construção e aplicando a proporcionalidade, enquanto parâmetro comparativo, concluiu que, uma vez caracterizado um contrato bilateral, com obrigações recíprocas entre as partes, oneroso e comutativo, não seria proporcional nem razoável que, tendo sido prefixado os danos em uma cláusula penal, apenas uma das partes pudesse de tal cláusula se valer, impondo à outra parte, efetivamente lesada pelo inadimplemento, o ônus de comprovar o efetivo prejuízo suportado através de uma ação própria.[703]

Em seguida, tratou de adequar a cláusula penal aos limites objetivos impostos pelo legislador nos artigos 412 e 413, ambos do Código Civil. A aplicação da fórmula prevista pelas partes para a prefixação das perdas e danos resultava em valor duas vezes e meia superior ao valor da promessa de compra e venda. Assim, uma vez reconhecida a incidência da cláusula penal, aplicou-se o limite previsto no artigo 412, que determina que o valor da cominação imposta não pode exceder o da obrigação principal, reduzindo o montante da penalidade até o valor estabelecido no contrato. Em seguida, em observância ao princípio da proporcionalidade e tendo em vista que, não obstante o longo atraso de 14 anos, o imóvel foi entregue, foi aplicada a redução equitativa do artigo 413.

O julgamento do Recurso Especial nº 1.186.789,[704] de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, estabelece a correlação entre os aspectos principiológico e parâmetro quantitativo e comparativo da proporcionalidade.

---

[703] "Caracterizadas, portanto, as recíprocas obrigações entabuladas pelas partes, não seria razoável, nem proporcional que, para uma delas o descumprimento contratual seguisse a cláusula previamente redigida na avença, de execução mais simples, e, para o outro, caminho diverso, de execução mais complexa. Entender-se de forma diversa é o mesmo que tratar os iguais, desigualmente, pois enquanto no descumprimento por parte do promitente-comprador já estaria definido o quantum indenizatório, sem a possibilidade de quaisquer discussões, o inadimplemento do promitente-vendedor daria azo a discussões acerca do efetivo prejuízo sofrido pelo comprador" (UYEDA, Massami. Voto. In: STJ, 3T. REsp 1.119.740. Rel. Min. Massami Uyeda. DJe 13/10/2011, p. 6).

[704] STJ, 4T. REsp 1.186.789. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJe: 13/5/2014.

A controvérsia principal centrava-se na aplicação da cláusula penal em sua integridade ou equitativamente reduzida, em virtude de descumprimento parcial de contrato de prestação de serviços em caráter de exclusividade, celebrado entre a TV Globo Ltda e o jornalista e apresentador Celso de Freitas. O contrato havia sido celebrado pelo prazo determinado de 51 meses, dos quais os 49 primeiros meses foram cumpridos, perfazendo um adimplemento de aproximadamente 95% das obrigações pactuadas.

Em razão do inadimplemento, a TV Globo Ltda pretendeu a execução integral da cláusula penal. O juízo de primeiro grau, aplicando o artigo 413 do Código Civil, reduziu o montante em 50%, decisão, nesse aspecto, mantida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ambas as partes interpuseram recurso especial. A parte autora pleiteou a condenação integral, ao argumento principal de que o contrato havia sido firmado de forma irretratável e irrevogável, tendo sido ainda prevista a irredutibilidade da cláusula penal, independentemente do tempo de cumprimento do contrato. Já a parte ré pretendia a redução proporcional da cláusula penal ao efetivo cumprimento, ou seja, pretendia que uma redução de 95% da penalidade.

A sentença destacou que a redução da multa não poderia obedecer à lógica puramente matemática, mas observar os prejuízos efetivos suportados em virtude do inadimplemento.[705] No mesmo sentido, e destacando as peculiaridades da relação contratual mantida pelas partes por mais de três décadas, bem como o fato de o inadimplemento ter sido motivado pela migração do profissional para a empresa concorrente, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, enfatizou que a ruptura no equilíbrio da relação deveria refletir na indenização devida.[706]

Instado a decidir a controvérsia, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, acolhendo os argumentos deduzidos no acórdão do Relator, manteve a redução

---

[705] "Entendo, contudo, que a redução do valor da multa contratual pleiteada pelos réus não deve obedecer à lógica puramente matemática exposta nas contestações, pois os prejuízos a que se viu obrigada a suportar a parte autora em função da repentina rescisão unilateral e injustificada do pacto extrapolam, por certo, os limites impostos pelo critério meramente temporal indicado. [...]. Além de reprovável, pois, a conduta do segundo réu que notificou a autora da rescisão em 16⁄4⁄2004 (fls. 39) e em 18⁄4⁄2004 compareceu para trabalhar já em outra emissora, a despeito de suas responsabilidades profissionais em relação à autora, com quem manteve relação amistosa por quase trinta anos - é certo que tal conduta teve o condão de causar, em vista do inegável elemento surpresa, imenso prejuízo, prejuízo esse que, entendo, extrapola da lógica matemática que aqui se pretende alcançar quanto ao estabelecimento do critério para redução do valor devido pela multa incidente. (trecho da sentença)

[706] "De outro ângulo, também não deve ser adotada, como critério da aferição do valor da penalidade, simples equação em que o pequeno lapso, ainda por viger, do contrato determinasse redução considerável do montante. Na verdade, a migração do profissional para Rede concorrente, independentemente do pouco tempo restante do contrato, implicou funda ruptura no equilíbrio das relações entre as partes, ferimento cuja sanatória demanda maior reflexo pecuniário da reprimenda" (trecho do acórdão de apelação).

da cláusula penal em 50%, confirmando mais uma vez o entendimento de que o Judiciário pode reduzir multa estabelecida em contrato, com a ressalva de que tal redução não pode retirar a função coercitiva ínsita à cláusula penal, em caso de ruptura.

A fundamentação da decisão sublinhou dois pontos centrais. Inicialmente, foi ressaltado que desde a vigência do Código Civil de 1916, prevalece o entendimento pela invalidade do acordo sobre a irredutibilidade da cláusula penal, por se tratar de questão de ordem pública. Em seguida, destacou que a proporcionalidade se insere no juízo de equidade, tendo, portanto, conteúdo normativo e não meramente matemático, concluindo que "a redução equitativa a ser feita pelo juiz quando a obrigação principal tiver sido cumprida em parte não é sinônimo de redução proporcional".[707]

Outro exemplo de aplicação do princípio da proporcionalidade e, mais ainda, da atuação corretiva do magistrado, independente de norma específica, é o das arras. As arras consistem em convenção real e acessória, mediante a qual um contratante entrega ao outro, quando da conclusão do contrato, certa importância em dinheiro ou coisa móvel, para garantir a execução do acordo ou para assegurar aos contratantes o direito de arrependimento.

A partir da função que desempenham, as arras são classificadas em confirmatórias,[708] cuja finalidade é garantir e reforçar o vínculo obrigacional, e, em penitenciais,[709] quando têm por fim assegurar o direito potestativo ao desfazimento do contrato. Nessa última hipótese, as arras penitenciais consistem em prestação acessória, incluída pelas partes no programa contratual e sujeita ao controle judicial.

Conforme entendimento já destacado pela doutrina e pela jurisprudência, o controle judicial sobre as arras penitenciais independe de eventual estado de necessidade ou de vulnerabilidade daquele que sofrerá o seu efeito ou da natureza do contrato. Os principais argumentos apresentados para fundamentar o controle judicial e a possibilidade de alteração do valor estipulado a título de arras penitenciais são equilíbrio contratual, equidade e analogia.

---

[707] STJ, 4T. REsp 1.186.789. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJe: 13/05/2014, p. 13.

[708] Artigo 417, CC 2002. Se, por ocasião da conclusão do contrato, uma parte der à outra, a título de arras, dinheiro ou outro bem móvel, deverão as arras, em caso de execução, ser restituídas ou computadas na prestação devida, se do mesmo gênero da principal.

[709] Artigo 420, CC 2002. Se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória. Neste caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito a indenização suplementar.

Recorrendo à equidade e à razoabilidade, Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes ponderam que o juiz poderá reduzir ou majorar as arras sempre que forem incompatíveis com os interesses das partes, "seja por razões de equidade, seja porque não seria razoável supor que as partes tenham efetivamente querido pôr em risco a execução do contrato por tão pouco ou sujeitar-se a punição tão elevada".[710]

Em sede jurisprudencial, a possibilidade de redução das arras penitenciais, visando à manutenção do equilíbrio em um contrato civil e paritário, foi considerada medida razoável e equânime. No caso, as partes haviam celebrado promessa de compra e venda de imóvel urbano, no qual foi incluída cláusula acessória estabelecendo arras penitenciais em valor correspondente a 50% do valor total do negócio. Após o exercício do direito de arrependimento pelo promitente comprador, o vendedor pretendeu a retenção do montante, além de algumas parcelas referentes ao pagamento, o que gerou a controvérsia. O juízo de primeiro grau determinou a redução do valor referente às arras penitenciais, bem como a restituição das parcelas, tendo sido a decisão mantida pelo Tribunal[711].

Por fim, em virtude da aproximação dos institutos das arras e da cláusula penal, a jurisprudência já sustentou a possibilidade de aplicação da regra contida no artigo 413 do Código Civil, segundo a qual o juiz tem o dever de proceder a redução equitativa da cláusula penal quando a obrigação tiver sido parcialmente cumprida ou quando penalidade for muito

---

[710] "Se as arras forem de valor ínfimo ou exageradamente elevado, em comparação com os interesses presentes no contrato, poderá o juiz reduzir ou majorar a pena, seja por razões de equidade, seja porque não seria razoável supor que as partes tenham efetivamente querido pôr em risco a execução do contrato por tão pouco ou sujeitar-se a punição tão elevada" (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República:* parte geral e obrigações (arts. 1º a 420). vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 773).

[711] Ementa: **APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO ORDINÁRIA. CONTRATO PARTICULAR DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA COM ARRAS. ARRAS PENITENCIAIS. DIREITO DE ARREPENDIMENTO EXERCIDO PELO PROMITENTE COMPRADOR. RETENÇÃO DE PARCELAS PAGAS PELO PROMITENTE VENDEDOR. IMPOSSIBILIDADE.** Tratando-se de arras penitenciais, ao contrário do que ocorre nas arras confirmatórias, o desfazimento do negócio não redunda em inadimplemento. Uma vez exercido o direito de arrependimento, a parte oposta da relação obrigacional terá o direito de reter apenas as arras prestadas no início do contrato, as quais já detêm natureza indenizatória, impondo-se, em decorrência, a restituição das prestações pagas.
REDUÇÃO DAS ARRAS PRESTADAS. POSSIBILIDADE. Não obstante o caráter indenizatório das arras penitenciais, possível sua redução, mormente quando fixadas em patamar elevado, como no caso, cujo montante chega a 50% do valor do contrato. Medida razoável e equânime e que visa à manutenção do equilíbrio contratual, tal como objetivado pelo Código Civil em vigo **(**TJRS, 18 CC. AC 70053991394. Rl. Des. Pedro Celso Dal Prá. Julg.: 25/04/2013). (Grifos conforme o original).
No mesmo sentido: Ementa: Ação de Rescisão de Contrato de compra e venda de caminhão. Arras penitenciais em favor de comerciante. Possibilidade de redução do valor da multa contratual.
É inválida a cláusula que prevê a perda de parcelas pagas ao vendedor, com a rescisão do contrato de compra e venda, ainda que seja a título de direito às arras, quando tal valor represente o enriquecimento sem causa. Recurso parcialmente provido. (TJRS, 1T Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis. AC 71001382704. Rel. Des. Ricardo Torres Herman. Julg.: 22/11/2007).

excessiva. Com efeito, ambas têm em comum a função de pré-fixar as perdas e danos. Contudo, não se confundem:[712] no caso das arras penitenciais o valor estipulado pelas partes é o correspectivo ao direito de arrependimento, e não a indenização pelo inadimplemento, como na cláusula penal.[713] Não obstante as diferenças e em prol do equilíbrio e da equidade, se reconheceu a possibilidade de intervenção judicial, a fim de reduzir o montante estipulado a título de arras.[714]

Os exemplos colacionados evidenciam que o ordenamento jurídico brasileiro admite a intervenção judicial, com o objetivo de reequilibrar os pactos, em hipóteses excepcionais e justificadas pela grave desproporção, independentemente da qualidade das partes ou da identificação de assimetria de poderes.

---

[712] Para uma distinção entre arras e cláusula penal, ver: ROCHA, José Dionízio. Das arras ou sinal. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil:* estudos na perspectiva civil-constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 539-562, p. 544.

[713] TEPEDINO, Gustavo, SCHREIBER, Anderson. AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código civil comentado:* direito das obrigações (arts. 233 a 420). v. 4. São Paulo: Atlas, 2008, p.412-413.

[714] EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES. EXCEPCIONALIDADE. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. ARRAS. RESTITUIÇÃO PARCIAL DO VALOR PAGO A TÍTULO DE SINAL. PRINCÍPIOS DA EQUIDADE E DA VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. [...]. 3) Porém, a feição sancionatória da estipulação das perdas do sinal aproxima tal figura jurídica da cláusula penal, permitindo com que abalizada doutrina, e também a jurisprudência, defendam ser também aplicável às arras, sejam elas confirmatórias ou penitenciais, a disposição contida no artigo 413 do Código Civil. 4) Tal orientação tem sua gênese no princípio do favor *debitoris*, tradicionalmente adotado nas legislações com raízes no direito romano, das quais é exemplo o Código Civil de 2002, ao consagrar princípios como os da socialidade, eticidade e operabilidade, e que preconiza maior proteção aos devedores com enfoque na **equidade**, bem como na vedação ao enriquecimento sem causa, **na perspectiva de corrigir desequilíbrios patrimoniais imprevistos e injustos, através do abrandamento do rigor de premissas racionais** que informam o direito de crédito em favor do devedor, desde que naquilo que não nutrir utilidade para o credor. (TJRJ, 5 CC. Embargos de Declaração em AC 0014682-90.2012.8.19.0209. Rel.: Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes. Julg.: 4/11/2014).
No mesmo sentido: APELAÇÃO CÍVEL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. [...]. DESISTÊNCIA DO COMPRADOR. ARRAS PENITENCIAIS. RETENÇÃO. REDUÇÃO. PÓSSIBILIDADE. [...]. 1. [...]. 2. Uma vez estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, "as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória" (artigo 420, Código Civil), razão pela qual "quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte" (artigo. 420, parte final). 3. Prevê o artigo 413 do Código Civil, o poder-dever do magistrado de reduzir equitativamente a sanção sempre que houver cumprimento parcial ou quando houver excesso manifesto. 4. A prerrogativa, portanto, é do juiz de reduzir, ou não, a sanção, sem violar, por um lado, a autonomia negocial, e sem chancelar, por outro, o enriquecimento sem causa. [...]. (TJRJ, 1CC. AC 0030773-13.2011.8.19.0204. Rel. Des. Maldonado de Carvalho. Julg.: 14/07/2015). (Grifou-se)

6. OPERACIONALIZAÇÃO DO EQUILÍBRIO FUNCIONAL DOS CONTRATOS COMUTATIVOS

6.1.Concretização do equilíbrio: considerações preliminares

Uma vez estabelecido o ponto de partida, que vem a ser a garantia da liberdade, e o ponto de chegada, consistente no compromisso de construção de uma sociedade justa e solidária, a construção do princípio do equilíbrio funcional dos contratos se resume na forma como o caminho será percorrido.

Preliminarmente, registra-se que o princípio do equilíbrio funcional dos contratos, como sublinhado anteriormente, tem fundamento constitucional e, sendo as normas constitucionais diretamente aplicáveis a todas as situações jurídicas, os valores que o fundamentam incidem sobre todo e qualquer contrato. Não obstante isso, a especificação do princípio do equilíbrio atende ao propósito de facilitação, sistematização e, principalmente, operacionalização. Trata-se, em síntese, de transportar os valores constitucionais para situações específicas, a fim de que os mesmos sejam mais facilmente concretizados.

Destaca-se também, que o estudo aqui desenvolvido tem como objeto os contratos paritários, onerosos, bilaterais e comutativos. Entretanto, o princípio do equilíbrio funcional incide indistintamente sobre todos os contratos.[715] A única ressalva a ser feita é que as especificidades do pacto – se gratuito ou oneroso; comutativo ou aleatório; civil (negociável ou não), empresarial ou de consumo – serão determinantes para a análise da desproporção, se houver, bem como da extensão da atuação judicial para a correção ou reequilíbrio. Em outros termos, o equilíbrio deverá ser buscado em todas as relações contratuais, mas a forma da sua operacionalização e concretização será casuística, considerando-se a finalidade do negócio, as circunstâncias da contratação e o tipo contratual eleito pelas partes e individualizado a partir do procedimento de interpretação e qualificação com base na causa.

A justificativa para tal é simples. Como descrito no Capítulo 2, a irradiação da axiologia constitucional, especialmente dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, promoveu profundas e qualitativas alterações na concepção e nos limites da autonomia privada. Como consequência direta da redefinição dos contornos valorativos da

[715] Ver Capítulo 4.

liberdade individual, os atos de autonomia, para serem tutelados, têm que, não apenas observar as regras jurídicas, indo além, devem atender ao programa de valores constitucionais.[716] E, para tanto, são submetidos a um triplo controle, exercido pelos limites da licitude/ilicitude, do merecimento de tutela e da funcionalização. Por isso é que todo ato de autonomia privada sofre, em abstrato, igual limitação. Já em concreto, tais limites ganharão forma própria, condizente com os traços distintivos e com a finalidade prático-social do contrato celebrado pelas partes. Significa dizer que o princípio do equilíbrio funcional dos contratos, assim como os demais princípios, não é absoluto, nem se sobrepõe aos demais, razão extra a justificar a necessária e precisa delimitação do seu âmbito de incidência e da sua forma de operacionalização.

E, nessa perspectiva, a primeira dificuldade na operacionalização do princípio do equilíbrio funcional dos contratos diz respeito à própria aferição do equilíbrio ou desequilíbrio. O contrato tem uma fórmula econômica própria, estabelecida pelas partes e a qual, via de regra, não deve sofrer intervenção. Tal fórmula sintetiza (ou, pelo menos deveria sintetizar) a convergência de interesses entre as partes, não cabendo ao intérprete interferir, no mais das vezes, naquilo que foi pactuado. Por outro lado, todo contrato, independentemente da sua natureza, deve ser equilibrado, no sentido de que deve existir certa proporcionalidade entre os ganhos e as perdas, as vantagens e desvantagens dele decorrentes, recaindo sobre esse aspecto eventual e excepcional controle.

Assim, pode ocorrer de o contrato ser gravemente desequilibrado, seja desde a sua formação, seja em razão de fatos supervenientes e sem configurar uma das hipóteses previstas pelo legislador para revisão e/ou resolução do contrato e, sem que as próprias partes cheguem a um novo acordo acerca da readequação do pacto. Em situações tais, sendo o judiciário chamado a apreciar tais questões, deverá concluir pela possibilidade ou não de intervenção no pacto ou, em outros termos, deverá decidir pela forma como incidirá o princípio do equilíbrio funcional dos contratos.

---

[716] Esse entendimento foi expressamente declarado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em um julgado acerca de contrato de seguro: ementa: "APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE SEGURO. RESILIÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO BASEADO EM CIRCULARES DA SUSEP. ABUSIVIDADE. SENTENÇA MANTIDA. O cancelamento imotivado de contrato de seguro, com base em cláusula contratual de não-renovação, bem como por conta de novas normas da SUSEP, coloca o consumidor em enorme desvantagem, porquanto, após manter relação contratual continuada, passa a ser obrigado a aderir à nova contratação, com diminuição das coberturas e aumento do prêmio. Normas com hierarquia inferior não podem se sobrepor às normas civilistas da função social do contrato e do princípio da boa-fé. Abusividade no cancelamento unilateral do contrato. Sentença mantida. Apelo desprovido (TJRS, 5CC. AC. 70026044628/2008. Rel. Des. Romeu Marques Ribeiro Filho. Julg.: 05/11/2008).

Tal decisão não poderá ser arbitrária, ao contrário, terá que ser guiada por critérios e parâmetros claros e devidamente explicitados, a fim de que possam, inclusive, ser controlados. Além disso, eventual intervenção judicial deverá visar o equilíbrio (ou reequilíbrio) do contrato, respeitando, ao máximo, o modelo estabelecido pelas próprias partes. Isso porque, sendo o fato gerador do contrato a vontade humana criadora, não é possível impor uma nova fórmula econômica para o acordo, uma vez que essa é determinada pelas próprias partes. Nessa perspectiva, inclusive, se reconhece que a equivalência entre as prestações e contraprestações de um contrato deve ser subjetivamente apreciada e estabelecida.

Isso, sem dúvida, é um dificultador para a avaliação do equilíbrio. Mas, não é impeditivo, sendo tão somente condicionante da forma de aferição do equilíbrio e de eventual intervenção corretiva do magistrado. Nesse sentido, foram apresentadas nos Capítulos 4 e 5, respectivamente, as premissas instrumentais para a construção do princípio do equilíbrio funcional dos contratos e o conteúdo do mesmo. Tais aspectos serão aqui retomados, com vistas à sistematização da operacionalização do princípio, sendo adicionados outros pontos pertinentes.

Feitas tais considerações, a operacionalização do princípio do equilíbrio funcional dos contratos deve observar três etapas, por assim dizer, sucessivas e complementares, quais sejam, aferição do desequilíbrio, decisão pela intervenção judicial ou não e, delimitação dos efeitos do reconhecimento de eventual desequilíbrio.

Incialmente, o magistrado deverá proceder a aferição do desequilíbrio em si, guiado pela noção de proporcionalidade e em conformidade com a primeira premissa instrumental para a construção do princípio do equilíbrio funcional dos contratos, a qual determina que tal estimativa seja feita a partir dos índices extraídos do próprio contrato, após a sua devida interpretação e qualificação, e com especial atenção ao que se denomina nesta tese por preferências reveladas. Assim, sem a exclusão de outros que podem ganhar relevância em concreto, elegem-se os seguintes critérios: i) função econômico-individual do contrato e correspectividade; ii) distribuição dos riscos; e, iii) proporcionalidade.

Dessa primeira análise, podem resultar duas situações: o contrato está equilibrado e, em razão disso, deve ser mantido em seus próprios termos ou, o contrato está desequilibrado. Constatado o desequilíbrio, deve-se proceder a uma avaliação qualitativa do mesmo, com base em alguns parâmetros e com o objetivo de verificar a legitimidade de eventual intervenção judicial, na medida em que, não basta haver desequilíbrio, esse tem que ser grave

ou disfuncional. Para essa análise, elencam-se três parâmetros que, assim como os critérios acima indicados, atuam de forma complementar. São eles: i) essencialidade do perfil objetivo e subsidiariedade do perfil subjetivo do equilíbrio; ii) qualificação do desequilíbrio; e, iii) ponderação entre segurança jurídica e os princípios da solidariedade social e da igualdade substancial, considerando-se, especialmente, o problema da incidência do princípio em situações de desequilíbrio tipicamente previstas.

Por fim, se após a análise qualitativa, com base em tais parâmetros, exemplificativamente apresentados, a conclusão for pela necessidade de intervenção judicial, deve-se delimitar o espaço de atuação do magistrado e os efeitos possíveis da configuração do desequilíbrio grave.

6.2.Critérios para aferição do equilíbrio

Os três critérios eleitos para a aferição do equilíbrio – função econômico-individual do contrato e correspectividade, distribuição dos riscos, e proporcionalidade – já foram, de certa forma, tratados nos capítulos anteriores, razão pela qual, serão tecidas breves considerações sobre os mesmos, com o objetivo de sistematizar o seu emprego para os fins aqui pretendidos. Ressalta-se, que esses critérios são complementares, no sentido de que todos, em conjunto, devem guiar a avaliação do magistrado. Além disso, não são exclusivos, podendo o magistrado, desde que explicite a escolha, elencar outros diante das circunstâncias do caso em apreço.

i) Função econômico-individual do contrato e correspectividade

A identificação da função econômico-individual do contrato e, consequentemente, da existência de um vínculo de correspectividade entre as prestações é, para além de um critério de aferição do equilíbrio contratual, um pressuposto para a própria análise. Antes de se averiguar o equilíbrio do acordo, deve-se proceder à interpretação e qualificação do contrato que, por sua vez, decorrerá da identificação em concreto da sua função econômico-individual,

a qual abrange e, em larga escala, é determinada pelo o nexo de interdependência ou vínculo de correspectividade entre as prestações.[717]

O vínculo de correspectividade entre as prestações, elemento essencial para aferição do aspecto econômico do perfil objetivo do princípio do equilíbrio funcional dos contratos, será revelado a partir do processo unitário de interpretação e qualificação, e não aprioristicamente, considerando como bilateral o contrato no qual há obrigações genéticas para ambas as partes, sejam estas principais e recíprocas ou não. Daí ter-se afirmado que o procedimento de qualificação abrange e é determinado pelo vínculo de correspectividade.

Partindo-se do entendimento de que todo contrato tem uma função, a qual corresponde à síntese dos efeitos essenciais que as partes pretendiam produzir por intermédio dos pactos que celebram,[718] a escolha da função econômico-individual e do vínculo de correspectividade como critério para aferição do equilíbrio justifica-se por duas razões principais. *Primeiro* porque esta é a perspectiva compatível com a adoção da postura hermenêutica de privilégio ao aspecto funcional da obrigação e do contrato. *Segundo* porque para fins de verificação do equilíbrio contratual, é o método que melhor se coaduna com o respeito à autonomia das partes na persecução dos seus interesses, conforme o programa contratual por elas determinado.

Nessa esteira, não obstante a análise aqui desenvolvida ser jurídica, se mostra pertinente extrair dos ensinamentos da ciência econômica algumas lições para a melhor compreensão da noção de equilíbrio e, por via de consequência, melhor delimitar a forma de sua verificação.

Para a economia, o equilíbrio não representa um ponto estático, mas uma área dentro de um gráfico que congrega uma série de fatores relativos às curvas de oferta e de demanda dos bens na economia, aos custos de oportunidade para a aquisição ou venda de determinado bem em certa circunstância, assim como às escolhas intertemporais dos agentes envolvidos, entre tantas outras variáveis.

Assim, quando se traz a ideia de equilíbrio para o estudo jurídico, deve-se ter em mente que se está analisando uma situação de troca específica, na qual muitas variáveis que influenciam a celebração dos acordos e, sobretudo, dos seus termos, não são facilmente

---

[717] Ver Capítulos 2 e 4.

[718] Mesmo fugindo ao escopo dessa tese a discussão acerca das concepções de causa do contrato, bem como de uma análise mais aprofundada acerca do procedimento de qualificação, como esclarecido no Capítulo 2, entende-se que todo contrato tem uma função econômico-individual, a qual sintetiza os efeitos essenciais perseguidos pelas partes com o específico contrato.

apreendidas pelo observador externo. A relevância de tais fatos é potencializada quando se pretende avaliar o equilíbrio de um contrato, em virtude de a equivalência entre as prestações contratuais ser subjetivamente determinada.

Certamente, mostra-se bastante difícil avaliar os aspectos subjetivos da contratação, as preferências íntimas, as expectativas não explicitadas de cada um dos contratantes. Porém, utilizando-se um termo da ciência econômica, é possível observar as preferências reveladas dos contratantes, que vêm a ser o comportamento exteriorizado, e as escolhas realizadas quando havia outras disponíveis.[719] Tais preferências reveladas, ainda que não integralmente, ao menos satisfatoriamente, permitem a avaliação de relevantes aspectos subjetivos da contratação, na medida em que revelam as escolhas dos contratantes, as quais podem ser relacionadas aos *standards* presentes na teoria geral dos contratos.

Juridicamente, a identificação de tais preferências pode ser feita a partir da qualificação em concreto dos pactos estabelecidos, seja por meio da interpretação das cláusulas contratuais estabelecidas em atenção à efetiva liberdade das partes, seja por intermédio dos comportamentos concludentes e de todo o contexto negocial. Como já explicado no Capítulo 4, as preferências reveladas correspondem ao conjunto de índices do tipo contratual realizado, extraídos após a qualificação. Por essa razão é que o recurso à função econômico-individual do contrato permite que a aferição do equilíbrio se faça da forma mais próxima aos interesses perseguidos pelas próprias partes, razão pela qual mostra-se um critério útil e preferível.

Ademais, a utilização das preferências reveladas vai ao encontro dos cânones interpretativos trazidos pelo legislador, notadamente, as teorias da declaração e da confiança, presentes nos artigos 112 e 113, ambos do Código Civil de 2002.[720] Esses – bem como aquelas teorias – permitem conciliar, "no plano hermenêutico, os aspectos subjetivo e objetivo

---

[719] "Se uma cesta é escolhida quando outra podia ter sido escolhida, diz-se que a primeira é revelada como preferida à segunda. [...]. A observação das escolhas dos consumidores pode nos permitir recuperar ou estimar as preferências por trás dessas escolhas" (VARIAN, Hal R. *Microeconomia:* princípios básicos. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1994, p.146-147).

[720] Artigo 112, CC 2002. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Artigo 113, CC 2002. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

da declaração negocial, de modo a se preservar a intenção dos contratantes na medida em que exteriorizada na manifestação de vontade".[721]

Reconhece-se, portanto, a complexidade do processo de qualificação contratual, que decorre, essencialmente, da multiplicidade de fontes que concorrem e se complementam na conformação de um contrato. Sendo negócio jurídico bilateral, decorre da vontade. Logo, abarca fatos construídos pelas partes, aos quais já foram predeterminados efeitos jurídicos, que serão somados àqueles derivados diretamente da lei, como no caso de elementos naturais próprios do tipo.

Além disso, uma vez que a fonte de juridicidade foi deslocada, encontrando-se não só na vontade, mas também no ordenamento, o procedimento de qualificação envolve consideração e respeito ao manifestado pelas partes em conformidade com o ordenamento – suas normas, valores e princípios. [722] Nessa perspectiva é que se abre caminho para avaliação do equilíbrio, afinal, o contrato tem que ser útil para as partes que o celebram e instrumento para a concretização de uma gama de valores do ordenamento.

Para fins de verificação do equilíbrio especificamente, mostra-se essencial a identificação da existência de um sistema de contrapartida entre as prestações e, a partir deste, a individualização do vínculo de correspectividade. A estipulação de uma contrapartida em um contrato, embora útil para certos fins, tais como a distinção entre contratos gratuitos e onerosos, é insuficiente para a individualização precisa do acordo estabelecido entre as partes, já que permite apenas a reunião dos contratos onerosos, comutativos, aleatórios, bilaterais e sinalagmáticos como classe de contratos cuja característica comum é o sistema de contrapartidas.[723]

Por outro lado, a existência de contrapartida (ou não) permite a identificação de um vínculo de correspectividade, bem como a correta atração dos critérios interpretativos especiais previstos pelo legislador e relacionados ao tipo, a exemplo das regras dos artigos

---

[721] TEPEDINO, Gustavo. O papel da hermenêutica contratual na manutenção do equilíbrio econômico dos contratos. *Soluções Práticas de Direito* – Pareceres, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.451-472, p. 454.

[722] Como destacado por Carlos Nelson KONDER, "a qualificação dos contratos não apenas tem que lidar com uma riqueza muito maior de situações concretas resultantes da atividade criativa dos particulares, mas o significado normativo de tais criações é mediado pela ponderação entre a liberdade deles e o atendimento a estas outras imposições normativas do ordenamento, normalmente enunciadas sob a forma de princípios" (Qualificação e coligação contratual. *Revista Forense*, v. 406, p. 55-86, 2010, p. 59).

[723] VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 145.

114 e 423, ambos do Código Civil, [724] aos quais serão somados ainda critérios específicos, se previstos,[725] e os critérios extraídos da jurisprudência e desenvolvidos pela doutrina.

Sublinha-se que a correspectividade é elemento primordial para a aferição do equilíbrio, na medida em que, como já destacado por Maria Celina Bodin de Moraes, "a síntese dos efeitos essenciais do negócio, [...] abrange a maneira – correspectiva ou não – como se interligam os efeitos".[726] Com efeito, a correspectividade ou sinalagma,[727] revela o equilíbrio pretendido pelas partes, o qual, salvo em hipóteses excepcionais e ilegítimas, não será de todo observado.

Por fim, como esclarecido no Capítulo 4, o vínculo de correspectividade é o nexo de interdependência que liga as atribuições patrimoniais contrapostas, determinando ser uma a causa jurídica da outra. Consequentemente, a identificação de tal vínculo permite uma melhor caracterização do contrato, no que diz respeito à sua natureza, à distribuição dos riscos e à verificação se se trata de um contrato autônomo ou coligado, fatores essenciais para o equilíbrio, de sorte que conformam o segundo critério para sua verificação.

ii) Natureza do contrato e distribuição dos riscos

Todos os contratos devem ser equilibrados, bem como envolvem riscos. O contrato é um ato de previsão e de gestão dos interesses das partes, incluindo dos riscos próprios ao negócio, cuja materialização ou não, impactará diretamente na satisfação de tais interesses, notadamente nos resultados mais ou menos vantajosos para as partes contratantes. No entanto, a imprescindibilidade da alocação dos riscos para a avaliação do equilíbrio contratual decorre, não da simples influência dos mesmos no resultado econômico do acordo, mas do fato de a

[724] Artigo 114, CC 2002. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.
Artigo 423, CC 2002. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

[725] Por exemplo, o contrato de fiança não admite interpretação extensiva (art. 819, CC 2002) e a transação deve ser interpretada restritivamente (art. 843, CC 2002).

[726] BODIN DE MORAES, Maria Celina. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro. *Revista Forense*, v. 309. Rio de Janeiro, 1990, p. 33-61, p. 41.

[727] Termos empregados indistintamente, pelas razões expostas no Capítulo 4.

repartição dos riscos ser uma das formas de definição pelas partes do equilíbrio ou do sinalagma do pacto.[728]

A rigor, a distribuição ou gestão dos riscos contratuais está diretamente relacionada com a natureza comutativa ou aleatória do contrato, bem como e, independentemente desta, insere-se no âmbito da liberdade das partes, no que concerne às suas expectativas e partilha dos ônus e das vantagens esperadas, em conformidade com as suas preferências. Por outro lado, a distribuição dos riscos pode decorrer, não de uma escolha livre e consciente, mas da imposição unilateral ou de uma acentuada assimetria informacional, situações em que mais vigorosa deve ser a eventual intervenção judicial.

Enfim, a avaliação da distribuição dos riscos deve ser orientada pela própria fisiologia do contrato. Assim, todos os aspectos acima mencionados, assim como outros que se mostrarem relevantes em concreto, devem ser considerados quando a materialização de certo risco importar desequilíbrio objetivo em um contrato e o Judiciário for chamado a intervir. Nesse caso, deve-se atentar primordialmente, que a distribuição de riscos é, em princípio, um ato de liberdade e, por essa razão, tem como contraponto a responsabilidade que, em termos da dogmática civilística, significa a obrigatoriedade de cumprimento do pactuado. Consequentemente, a eventual exoneração da responsabilidade será excepcional e em hipóteses muito bem justificadas.

A fórmula eleita pelos contratantes para a distribuição dos riscos será identificada durante o procedimento de interpretação e qualificação, no qual será revelado o vínculo de correspectividade que, por seu turno, é definidor do sinalagma estabelecido pelas partes. Isso permitirá descortinar a natureza do tipo contratual celebrado, essencial para a aferição do equilíbrio entre as prestações, bem como sopesar as diversas situações jurídicas subjetivas derivadas do contrato e inseridas no aspecto normativo do equilíbrio.

A presença ou não de uma álea ou risco específico, condicionando o resultado final do negócio ou, em outras palavras, sendo decisivo para as efetivas atribuições patrimoniais decorrentes do acordo, é determinante da natureza comutativa ou aleatória de um contrato e, também, critério de grande importância na verificação do equilíbrio. As partes podem celebrar um acordo visando minimizar os efeitos de eventos futuros e incertos ou, podem pactuar em torno de um certo risco. No primeiro caso, o contrato teria natureza comutativa e a presunção

[728] Nesse sentido, Fernando ARAÚJO ressalta que "um dos objetivos mais relevantes da maior parte dos contratos é o da partilha do risco entre as partes – e que muito daquilo que se passa no seio da negociação, da estipulação e da relação contratuais só ganha verdadeiro significado se tomarmos em conta esse objetivo" (*Teoria económica do contrato.* Coimbra: Almedina, 2007, p. 297).

seria de que as vantagens e desvantagens para ambas as partes fossem equivalentes. No segundo caso, o contrato teria natureza aleatória e não haveria tal presunção, na medida em que o equilíbrio contratual seria estabelecido em função do risco.

A natureza do contrato revela a preferência das partes acerca da correlação de valor entre as prestações. Assim, aquele que celebra um contrato comutativo revela preferência por um pacto do qual resultem atribuições patrimoniais proporcionais. Sendo assim, mesmo reconhecendo-se que a equivalência é subjetivamente apreciada e determinada, um distanciamento entre as vantagens e sacrifícios de ambas as partes vai de encontro a tal presunção, impondo ao magistrado o dever de averiguar a qualidade de tal desequilíbrio, a fim de concluir se é ou não hipótese de intervenção.

Se, ao contrário, o contrato for aleatório, a ausência de equivalência entre as prestações, por si só, não vai configurar o desequilíbrio. Nessa hipótese, a atenção volta-se, preliminarmente, para o risco do qual resulta a falta de equivalência, a fim de verificar se o mesmo está inserido na função econômico-individual do contrato ou se é externo a ela. Sendo endógeno, o contrato, salvo outro fator identificado em concreto, será equilibrado, não obstante a discrepância entre as prestações. Exemplo de fácil visualização é o do seguro de coisas. Na hipótese de ocorrência do sinistro, a indenização, certamente, será muito superior ao valor do prêmio pago, bem como o inverso, se o sinistro não se realizar.

Como já consignado anteriormente, o estudo aqui desenvolvido tem por objeto contratos comutativos, apesar de o princípio do equilíbrio funcional dos contratos incidir sobre todos os tipos contratuais. E, em relação à aferição do equilíbrio em contratos comutativos, algumas observações são necessárias.

O contrato comutativo, assim como os de outra natureza, está sujeito a riscos, assim como perfaz um instrumento de gestão de riscos. Contudo, tais riscos, mesmo quando previstos, não estão inseridos na causa do contrato, o que vale dizer que são exógenos e, sendo assim, integram tão somente a álea normal do acordo. Significa que o equilíbrio entre as prestações principais não é condicionado pela materialização de tais riscos, mas os mesmos influenciam o equilíbrio global do pacto e, inclusive, podem justificar eventual disparidade entre as prestações.

Cada tipo contratual possui uma álea normal, a qual será repartida pelas partes como melhor lhes aprouver. Além disso, sujeitam-se a outros tantos eventos previsíveis que poderão ser previstos e geridos pelas partes. A compra e venda de um bem móvel é exemplo simples e corriqueiro, mas que pode ajudar a aclarar. A álea normal inerente ao tipo compreende o risco

de o vendedor não receber o preço e o risco de o comprador não receber a coisa e/ou recebê-la deteriorada. Independentemente do acordo entre as partes, a legislação determina, em linhas gerais, que o risco pela perda e pela deterioração da coisa é do vendedor até a tradição,[729] bem como o são a responsabilidade pelos defeitos ocultos e pela pela evicção. Nada impede, contudo, que as partes distribuam os riscos e as respectivas responsabilidades de forma diversa. Assim, por exemplo, o comprador, em uma relação paritária, pode exonerar o vendedor da responsabilidade pela evicção ou, em outros termos, pode assumir tal risco ou, de forma diversa, tal garantia pode ser reforçada.[730] O vendedor pode ou não, exigir que o pagamento do preço seja especialmente garantido etc.

É de se considerar, portanto, que se insere no âmbito da autonomia das partes ampliar ou restringir, desde que não esbarre em norma impositiva, a álea normal do contrato, como na hipótese de responsabilidade pela solvência do devedor na cessão de crédito,[731] por exemplo, o que pode acarretar, algum grau de desequilíbrio, sem que o mesmo deva ser corrigido. Entretanto, deve-se verificar se ambas as partes contratantes eram efetivamente livres e iguais, se existia, portanto, equipolência de poderes e simetria informacional.

Em outros termos, para verificação da distribuição dos riscos contratuais deve-se levar em conta o perfil subjetivo do princípio do equilíbrio funcional dos contratos. Importante

---

[729] A disciplina legal da distribuição dos riscos em obrigação de dar coisa certa está prevista nos artigos 234 a 236 do Código Civil de 2002. Entretanto, é de se notar que, "embora a lei tenha indicado as consequências da inexecução de forma expressa, trata-se de norma dispositiva e, portanto, nada impede que as partes, por convenção, distribuam de forma diversa os riscos na obrigação de dar coisa certa" (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República:* parte geral e obrigações (arts. 1º ao 420). v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 502).

[730] A disciplina da evicção consta dos artigos 447 a 457 do Código Civil de 2002, sendo expressamente prevista pelo legislador a possibilidade de, mediante cláusula expressa, as partes reforçarem, diminuírem ou excluírem a responsabilidade pela evicção (art. 448), a indicar a natureza dispositiva de tais normas. Entretanto, "para que a evicção não gere efeito algum, exonerando o alienante inclusive da restituição da quantia paga pelo evicto, é necessário não apenas excluir expressamente a garantia da evicção, mas, ainda, é necessário também que, além da cláusula de exclusão, o adquirente tenha ciência do risco e o tenha assumido" (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República:* teoria geral dos contratos, contratos em espécie, atos unilaterais títulos de crédito, responsabilidade civil e privilégios creditórios (arts.421 a 965). vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 77).

[731] Nos termos do artigo 296 do Código Civil, "salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor". Comentando tal dispositivo, Gustavo Tepedino, *et. alli*., assevera: "o credor originário que efetiva a transferência não se responsabiliza perante o cessionário pela capacidade econômica do devedor. Na falta de previsão contrária, portanto, vige a regra pela qual o cedente responde apenas pela existencia da dívida ao tempo da cessão, se esta for onerosa (CC, art. 295). Por convenção, todavia, o cedente pode assumir tal responsabilidade, garantindo a solvência do devedor, seja apenas no momento da cessão, como também a solvência futura" (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República:* parte geral e obrigações (arts. 1º ao 420). v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 585).

ressaltar que tal consideração deve ser feita em concreto e em atenção às condições das partes e às circunstancias negociais, e não baseada em eventual qualificação abstrata realizada pelo legislador. Especificamente, deve-se observar se o contrato estabelecido insere-se na atividade normalmente desenvolvida por uma ou ambas as partes; se a atividade é realizada profissionalmente ou não; se é hipótese de um contrato negociável ou por adesão; se o risco é inerente à atividade econômica; os usos e costumes na alocação de tais riscos, especialmente quando os mesmos não forem expressamente alocados; a previsão de cláusula limitativa ou exonerativa de responsabilidade etc.

Situação mais delicada e a ser enfrentada pelo princípio do equilíbrio funcional dos contratos, se verifica quando, não obstante a igualdade entre as partes, a assunção de riscos por uma dela, em concreto, gera um grave desequilíbrio. Por um lado, os prejuízos decorrentes daquilo que foi livremente pactuado devem ser suportados, na medida em que não há imposição de uma justiça intrínseca na troca contratual,[732] e suportar prejuízos é um risco próprio de quem contrata, além do que, a legalidade do negócio não depende de o mesmo ser vantajoso e/ou não causar prejuízos para uma ou ambas as partes. Por outro lado, a livre iniciativa é funcionalizada, de sorte que a liberdade é exercida na solidariedade, assim como, ao critério da legalidade soma-se o da legitimidade dos atos, a indicar que o conteúdo dos contratos submete-se a um controle externo.

A solução de tais casos, portanto, exigirá a precisa ponderação dos interesses em jogo através de parâmetros bem delimitados, verificando-se, especialmente, se a execução do contrato nos termos pactuados tem o potencial de contrariar os valores do ordenamento, ressalvando-se que:

> [...] o equilíbrio contratual, ainda que se refira à economia da relação, traduz o equilíbrio jurídico das regras previamente estabelecidas pelas partes no concreto negócio, sujeito à aplicação das normas constitucionais. Cabe ao magistrado, nessa direção, prestigiar o equilíbrio contratual, mesmo que contrarie o regulamento de interesses firmado pelos contratantes. [...]. Busca-se, assim, assegurar a proporcionalidade entre as prestações, preservando-se, ao máximo possível, a liberdade dos contratantes na valoração dos seus interesses.[733]

Em suma, sendo o contrato comutativo, presume-se que as partes pretendiam celebrar um contrato do qual resultassem vantagens equivalentes aos sacrifícios suportados. Porém, nada obriga a isso e, ainda que assim o seja, tais efeitos presumidamente equivalentes dizem

---

[732] ROPPO, Enzo. *O contrato.* Coimbra: Almedina, 2009, p. 225.

[733] BANDEIRA, Paulo Greco. *Contratos aleatórios no direito brasileiro.* Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 125-126.

respeito ao completo negócio. Vale dizer, compreende, não só as prestações principais, mas também as ditas secundárias e instrumentais, ônus, prerrogativas, enfim, todas as situações jurídicas derivadas do contrato e, também a coligação contratual.

Nessa última hipótese, eventual equilíbrio ou falta deste pressupõe a verificação do conjunto de pactos realizados, especialmente quando houver uma união com dependência entre eles.[734] Isso porque, mesmo que cada um dos contratos pertencentes da rede tenha um sinalagma próprio, pode ocorrer de o equilíbrio estar no conjunto contratual, de sorte que um pacto individualmente considerado pode aparentar desequilíbrio, sem que esse seja real.

Em síntese, não havendo desequilíbrio subjetivo, ou seja, ausente uma assimetria de poderes, salvo algum fato ou circunstância que permita concluir diversamente, deve-se considerar, que as partes assumiram os riscos julgados apropriados, não podendo, posteriormente, recusar as consequências da materialização dos riscos previstos e assumidos no ato de contratar. Por isso é que, a fim de verificar a legitimidade de eventual intervenção no domínio do que foi pactuado deve-se atentar para os riscos próprios e, também, para outros que tenham sido previstos e assumidos, posto que a concretização destes, salvo algum fato excepcional, não dará margem para qualquer tipo de intervenção.

Por fim, a comutatividade pressupõe a onerosidade e a bilateralidade contratual. Assim, a conclusão pelo equilíbrio ou pelo desequilíbrio decorrerá de uma comparação entre as atribuições patrimoniais e situações jurídicas subjetivas derivadas do contrato para uma e outra parte contratante. Tal comparação é realizada pelo terceiro critério elencado, qual seja, o da proporcionalidade.

iii) Proporcionalidade

O sinalagma ou a equivalência entre as prestações de um contrato é subjetivamente determinado, como já tantas vezes afirmado. Assim, inexiste obrigatoriedade de que as prestações contratuais sejam objetivamente correspondentes. Ao contrário, em reconhecimento e respeito à autonomia das partes, elas são livres para determinar o conteúdo

[734] GOMES, Orlando. *Contratos.* 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 104.

contratual,[735] em conformidade com os seus próprios interesses.[736] Entretanto, isso não significa que tal liberdade seja absoluta. Ao contrário, assim como todo e qualquer ato de autonomia, sujeita-se a um controle. Daí decorre o problema prático de como exercer tal controle: por um lado, deve-se respeitar o máximo a liberdade das partes; por outro, essa liberdade só é merecedora de proteção jurídica, se for funcionalizada aos valores do ordenamento.

Em relação ao controle do conteúdo contratual, significa dizer que inexiste um critério quantitativo derradeiro para a aferição do equilíbrio. Porém, entende-se que a proporcionalidade em sentido estrito, em complementação aos demais critérios já apresentados, é útil para tal fim, na medida em que perfaz uma base de comparação quantitativa entre dois interesses contrapostos. Com efeito, a utilização instrumental da proporcionalidade como parâmetro comparativo para a aferição do equilíbrio é justificada por diversos fatores.

Em *primeiro lugar*, por ser um elemento que se coloca entre a liberdade e a justiça contratual, uma vez aceito que a autonomia não é um valor absoluto, tutelado em seus próprios termos, mas um valor relativo extraído da unidade e completude do ordenamento.[737]

---

[735] "Determinar o regulamento (ou conteúdo) contratual significa, substancialmente, definir que composição, que arranjo recíproco receberão os interesses das partes, convolvidos na operação econômica e a que o contrato é chamado a dar veste e vinculatividade jurídica. [...]. significa, em suma, fixar e traduzir em compromissos jurídicos, os termos da operação econômica perseguida com o contrato, definir as variáveis que no seu conjunto refletem a conveniência econômica do próprio contrato" (ROPPO, Enzo. *O contrato.* Coimbra: Almedina, 2009, p. 126-127).

[736] Nessa perspectiva, Francesco CAMILLETI, observando a realidade jurídica italiana, ressalta que, não obstante verificar-se uma tendência a objetivação na determinação do conteúdo contratual, "em linha teórica e geral, pode-se continuar a sustentar a subsistência, em nosso ordenamento, de um princípio que tende a se desinteressar pelo equilíbrio contratual compreendido como correspondência de valores (objetivos) entre as prestações trocadas, tal sendo a consequência lógica do reconhecimento da autonomia privada como instrumento para a atuação da liberdade de iniciativa econômica. (...) o legislador, portanto, se absteve de considerar a validade do contrato com base em valorações quantitativas do sinalagma, tendo, ao revés, deslocado a própria valoração sobre a função teleológica da correspectividade, que é aquela destinada a satisfazer os interesses de ambas as partes, às quais apenas compete estabelecer quais valores econômicos atribuir às prestações que satisfazem aos seus interesses" (tradução livre).
No original: "Pur tuttavia, in linea teórica e generale, si può continuare a ritenere la sussistenza, nel nostro ordenamento, di um principio que tende a disinteressarsi dell`equilíbrio contrattuale, intenso come corrispondenza di valori (oggettivi) tra le prestazioni scambiate, tale essendo la logica conseguenza del riconoscimento dell`autonomia privata come strumento per l`arrtazione della libertà di iniziativa econômica" (CAMILETTI, Francesco. *Profili del problemi dell´equilibrio contrattuale.* Milano: Giuffrè, 2004, p. 44).

[737] "Il problema della proporzionalità dipende, in modo particolare, dalla nozione di autonomia negoziale. [...]. L´autonomia negoziale, contrattuale, non è um dogma, nè um preconcetto o um valore in sè. La conformazione di quest´ultima è alle scelte di fondo che caractterizzano l´ordinamento: essa si configura secondo i datti normativi desumbili dall´ordinamento, nella sua unitarietà e nella sua completeza, secondo i principi e le regole. Essa si coloca tra libertà e giustizia contrattualle" (PERLINGIERI, Pietro. Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC,* vol. 12, Rio de Janeiro: PADMA, 2002, p.131-168, p. 131-132.).

Em *segundo*, porque em uma reflexão filosófica está intimamente ligada a noção de equilíbrio, equidade e de justiça comutativa.[738] Em *terceiro* porque esse parece ter sido o critério adotado pelo legislador em diversas oportunidades em que pretendia assegurar uma paridade de tratamento em razão das respectivas posições jurídicas.[739] Em *quarto lugar*, porque esse mesmo critério, a *contrario sensu*, ou seja, a partir da ideia de desproporção, foi indicado pelo legislador como determinante para a atuação judicial, seja alterando os termos de uma obrigação assumida pelas partes,[740] seja na fixação da obrigação de indenizar[741] e, ainda, como um dos critérios para invalidação,[742] para revisão ou para resolução de um negócio jurídico.[743]

Ao introduzir dispositivos direcionados a coibição da desproporção (parâmetro comparativo), o legislador não só limita ou melhor, condiciona a liberdade das partes aos valores do ordenamento, como indica que no exercício da sua função interpretativa, o juiz pode integrar e/ou intervir nos pactos, a fim de reequilibrá-los e conservá-los, observando para tanto a equidade, especialmente em suas funções interpretativa e corretiva[744] ou simplesmente, aplicando o princípio da proporcionalidade.

Em tradução livre: "O problema da proporcionalidade depende, particularmente, da noção de autonomia negocial. [...]. A autonomia negocial, contratual, não é um dogma, nem um pré-conceito ou um valor em si. A configuração desta última está nas escolhas fundamentais que caracterizam o ordenamento: essa se configura de acordo com os dados normativos que fazem parte do ordenamento, em sua unidade e em sua completude, de acordo com os princípios e regras. Essa se coloca entre liberdade e justiça contratual".

738 "As ideias de equilíbrio, equidade e proporcionalidade formam uma complexa tríade no direito dos contratos contemporâneos, aproximando o jurista da reflexão filosófica, que desde sempre elegeu a justiça como um dos seus problemas centrais" (NEGREIROS, Tereza. *Teoria do contrato:* novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 157).

739 Cf.: Arts. 962; 1084; 1094, VII; 103, V; 1106; 1272; 1297; 1317; 1967; 1968, todos do Código Civil de 2002.

740 Cf.: Art. 317; 413, ambos do Código Civil de 2002.

741 Cf.: Arts. 415; 571; 756; 783; e, 944, todos do Código Civil de 2002.

742 Cf.: Arts. 156 e 157, ambos do Código Civil de 2002.

743 Cf.: Arts. 478-480; 450; 500; 567; 625; 702; 783, todos do Código Civil de 2002.

744 "A equidade é um conceito multissignificativo, uma verdadeira cláusula geral, uma hipótese legal de ampla generalidade que se faz presente em todas as experiências jurídicas do mundo ocidental, interessando à filosofia e à teoria do Direito, particularmente no que tange à interpretação jurídica. Excepcional por natureza, pois somente aplicável nas hipóteses legais previamente estabelecidas, tem vários significados, conforme sua imediata função. Tem- se, assim: a equidade interpretativa, quando o juiz, perante a dificuldade de estabelecer o sentido e o alcance de um contrato, por exemplo, decide com um justo comedimento; a equidade corretiva, que contempla o equilíbrio das prestações, reduzindo, por exemplo, o valor da cláusula penal; a equidade quantificadora, que atua na hipótese de fixação do quantum indenizatório; a equidade integrativa, na qual a equidade é fonte de integração, e ainda a equidade processual, ou juízo de equidade, conjunto de princípios e diretivas que o juiz utiliza de modo alternativo, quando a lei autoriza, ou permite que as partes a requeiram,

Deve-se atentar para o fato de que, em que pese a proporcionalidade em sentido estrito ter valor no plano quantitativo, sendo útil para comparar elementos homogêneos, mostra-se insuficiente para a análise global de um contrato. Isso porque quando da verificação do merecimento de tutela de certo ato de autonomia, tal como o contrato, o julgador não raras vezes se depara com a contraposição de interesses não homogêneos e/ou quantificáveis. Nessas hipóteses a comparação mostra-se inviável, sendo necessário o recurso à ponderação dos interesses e, para tal, a evocação de outros princípios, tais como a razoabilidade, a adequação e a equidade ou, simplesmente de uma proporcionalidade qualitativa.

Faz-se essa ressalva, exatamente porque o princípio do equilíbrio funcional dos contratos é preenchido por essas duas facetas da proporcionalidade quantitativa e qualitativa, devendo essa última ser avocada, por exemplo, "sempre que uma das partes se reserva faculdades que são injustificadamente recusadas à outra", como destacado por José de Oliveira Ascensão, bem como quando uma das partes impõe a outra parte ônus, dos quais injustificadamente, se exonera.

Ressalta-se ainda que o critério da proporcionalidade será utilizado para a verificação da necessidade de o magistrado intervir no contrato. Isso se dará após a interpretação e qualificação do contrato, em atenção aos efeitos essenciais buscados pelas partes e a sua adequação às normas imperativas. Assim, do procedimento de qualificação serão extraídos os critérios ou índices essenciais para a avaliação do equilíbrio, sendo esse último ditado pela noção de proporcionalidade, o que permitirá, a partir da comparação entre os direitos e obrigações de cada uma das partes, a identificação de excessos ou abusos a serem corrigidos.

A proporcionalidade, portanto, permite identificar a necessidade de correção do pacto, bem como delimita a esfera máxima de intervenção judicial diante da situação de desequilíbrio, resguardando o espaço devido à autonomia privada, inclusive na fixação do sinalagma, objetiva a própria avaliação judicial, através de balizas a serem observadas e controladas por todos os interessados, indo ao encontro de um ideal de justiça, sem colocar em risco a segurança jurídica.

Importante ressaltar que o princípio do equilíbrio funcional tem uma função negativa, exercendo um controle do ato de autonomia, como o objetivo de coibir o desequilíbrio grave e a excessiva falta de equidade nas relações contratuais. Significa que o princípio não atua positivamente, seja determinando o conteúdo dos contratos, seja impondo uma equivalência objetiva entre as prestações. Assim, o critério da proporcionalidade serve para medir a

---

como ocorre nos casos de arbitragem" (AMARAL, Francisco. A equidade no Código Civil Brasileiro. *Revista CEJ*, n. 25. Brasília, abr./jun. 2004, p.16-23, p. 17).

extensão da desigualdade entre as prestações contratuais, a qual será avaliada pelos parâmetros que serão apresentados no próximo item, podendo ensejar uma intervenção corretiva.

6.3.Parâmetros para eventual intervenção judicial

Uma vez verificado o desequilíbrio em um contrato, deve-se avaliar se o mesmo é disfuncional, a fim de concluir pela legitimidade de eventual intervenção judicial no acordo. Como brevemente referido no Capítulo 3, a disfuncionalidade diz respeito ao exercício de determinado direito ou posição jurídica, contrariando a sua função. Assim, poder-se-ia aviltar que, se as partes celebraram um contrato comutativo, a desproporção manifesta entre as prestações indicaria a disfuncionalidade.

Entretanto, se o ordenamento jurídico confere as partes liberdade para determinarem o conteúdo dos contratos que celebram, em atenção aos seus próprios interesses, a desproporção, por si só, ainda que grave, não será suficiente para configurar a disfuncionalidade. Por essa razão, mostra-se necessário recorrer a alguns parâmetros que permitam uma avaliação qualitativa do desequilíbrio.

i) Essencialidade do perfil objetivo e subsidiariedade do perfil subjetivo

O aspecto objetivo é o elemento essencial do princípio do equilíbrio funcional dos contratos, ao passo que o aspecto ou perfil subjetivo é subsidiário e instrumental.[745] Isso porque, com o princípio do equilíbrio funcional dos contratos se está delineando um espaço de eventual atuação corretiva do magistrado, que só será justificada na hipótese de grave desproporção no conteúdo contratual.

[745] O princípio do equilíbrio funcional dos contratos, como já apresentado no Capítulo 4, é conformado por dois perfis: subjetivo e objetivo. O primeiro diz respeito à efetiva liberdade das partes na celebração do contrato, o que pressupõe a real igualdade entre os contratantes. O segundo refere-se ao conteúdo do contrato, sendo subdivido em um aspecto normativo, que traduz a síntese da posição normativa dos contratantes e, em um aspecto econômico, cujo foco é o valor econômico das prestações principais.

A realidade fática impõe considerar a não essencialidade do perfil subjetivo para a verificação do equilíbrio de um contrato, assim como o respeito aos princípios da liberdade contratual e da segurança jurídica exigem o reconhecimento da sua instrumentalidade, como determinante do grau de intervenção judicial. Ademais, a não essencialidade justifica-se no fato de que essa proposta teórica se insere em um contexto maior de ruptura com o subjetivismo clássico.

Em tal contexto, não é a vontade e, principalmente, qualquer vontade que se pretende proteger, mas uma relação contratual equilibrada em conformidade com o projeto constitucional, o que significa dizer que a proteção da vontade se dará se a mesma for merecedora de tal proteção.[746] Vale mencionar que a vontade das partes não é absoluta e suficiente na imposição do cumprimento exato da obrigação, "porque prevalece sobre ela os imperativos da ordem jurídica, cuja força cogente é capaz de ditar modificações contratuais necessárias ao atendimento dos interesses e valores encontrados no sistema".[747]

A rigor, o fato de uma das partes ser vulnerável justifica uma legislação protetiva, mas, não a intervenção do juiz. A proteção em concreto, só será devida diante de um desequilíbrio manifesto, independentemente da qualidade das partes. Isso porque, a intervenção judicial vai de encontro aos princípios da intangibilidade e da obrigatoriedade dos contratos, razão pela qual, deve ser excepcional, sendo justificada apenas quando constatado efetivo e grave desequilíbrio objetivo no contrato, a caracterizar a sua disfuncionalidade.

Assim, a desigualdade entre as partes, por si só, não autoriza a intervenção judicial, que só será consentida se tal disparidade – e, mesmo ausente essa – implicar em falta de

---

[746] "[...] pode-se dizer que o elemento subjetivo é orientador, mas não essencial para a determinação do equilíbrio contratual. Ou seja, se o contrato for paritário ou de adesão, se o contrato for civil ou empresarial, de consumo ou qualquer outro, em face da estrutura que se tem hoje, desde a Constituição, passando pelas regras específicas do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor – principalmente, mas não exclusivamente nesses casos –, há de se observar o equilíbrio na contratação" (BRITO, Rodrigo Toscano de. *Equivalência material dos contratos:* civis, empresariais e de consumo. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 53).

[747] GARBI, Carlos Alberto. *A intervenção judicial no contrato em face do princípio da integridade da prestação e da cláusula geral da boa-fé*: uma nova visão do adimplemento contratual. Escola Paulista da Magistratura: São Paulo, 2014, p. 179.

equivalência material. [748] Essa primeira conclusão, de certa forma, vai ao encontro da atuação jurisprudencial em relação à cobrança de juros em contratos bancários.[749]

Discussões versando sobre juros remuneratórios e moratórios[750] ocuparam espaço de destaque nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, derivando de tais debates algumas teses já consolidadas[751] e que auxiliam na ilustração do que se afirmou acima. Dentre os consensos alcançados pelo Superior Tribunal de Justiça, cita-se a admissão, em caráter excepcional, da revisão judicial das taxas de juros remuneratórios, desde que caracterizada a relação de consumo e a abusividade da taxa.[752] Soma-se, portanto, o desequilíbrio subjetivo, consistente na posição de inferioridade do consumidor em face da instituição bancária, à onerosidade decorrente da estipulação de uma taxa abusiva, o que vai ao encontro do que se afirmou acima: o desequilíbrio subjetivo, por si só, não autoriza a intervenção judicial, que só será justificada na presença de grave desequilíbrio objetivo.

Por outro lado, divergindo parcialmente do posicionamento acima indicado, entende-se que em outras relações além das de consumo, poderá haver a intervenção judicial. Essa eventual intervenção, no entanto, será ainda mais excepcional e, desde que constatado o grave desequilíbrio. Com efeito, vislumbram-se diversas outras relações fora do âmbito consumerista, nas quais inexiste igualdade entre as partes, tais como nos contratos de distribuição, nos contratos de franquia, além de toda e qualquer relação contratual por adesão.

---

[748] O Recurso Especial 394.671, de relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em novembro de 2002 e já apresentado no Capítulo 3, ilustra o que se está a afirmar. Tratava-se de controvérsia acerca do reajuste de prestações de financiamento de imóvel pelo Sistema Financeiro de Habitação (SFH), cujo mútuo havia sido firmado sob o regime do Plano de Equivalência Salarial (PES). Não obstante a vulnerabilidade do mutuário, o conteúdo do contrato foi mantido, visto ter se entendido inexistir desequilíbrio objetivo.

[749] A evolução recente do entendimento jurisprudencial sobre o tema juros, além de envolver diversas questões, é bastante controvertida na doutrina, fugindo ao escopo dessa tese tecer uma análise detalhada e abrangente do tema. Assim, recorre-se, parcialmente, ao tema, apenas com o intuito de ilustrar as reflexões que estão sendo feitas.

[750] José Eduardo C. B. Junqueira Ferraz esclarece a distinção entre juros remuneratórios e moratórios nos seguintes termos: "[...] pode-se dizer que o juro subdivide-se quanto às espécies em: compensatórios, que são frutos do capital empregado, ou seja, a remuneração, o preço, pago pela disposição da riqueza material a outrem e moratórios, que são a indenização devida pelo retardamento culposo, o atraso injustificado, no pagamento da dívida" (FERRAZ, José Eduardo C. B. Junqueira. Os juros e o novo Código Civil: uma abordagem doutrinária e jurisprudencial. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações:* estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 489-511, p. 492).

[751] Para uma análise abrangente, ver a seção "Jurisprudência em teses", disponível no site do Superior Tribunal de Justiça (http://www.stj.jus.br).

[752] Nesse sentido: AgRg no AREsp 720.099; AgRg no REsp 1.385.348; AgRg no AREsp 615.810; AgRg no AREsp 615.795; AgRg no AREsp 574.590; AgRg no AREsp 548.764; AgRg no AREsp 533.578; AgRg no AREsp 359.847; REsp 1.061.530 (recurso repetitivo).

Suponha-se, por exemplo, um profissional liberal, como um médico, que celebra um contrato de leasing para aquisição de equipamentos para o seu consultório, ou de um microempresário individual que contrai um mútuo para fins de viabilizar a sua atividade. Tais relações não seriam caracterizadas como de consumo, em virtude de os tais profissionais não serem destinatários finais dos bens, porém, os termos contratuais poderiam ser desproporcionais, gerando excessiva onerosidade.

Mesmo em uma relação paritária, entende-se possível a intervenção judicial, com o objetivo de revisar o conteúdo do contrato, se constatado um grave desequilíbrio. Isso porque, a aparente igualdade entre as partes e, quiçá, a real paridade, não pode afastar a análise e a busca pelo equilíbrio objetivo. Independentemente, deve-se assegurar a reciprocidade das prestações, o sinalagma contratual, e a equivalência entre elas. Tão somente indica que mais cautelosa e de menor grau deverá ser eventual intervenção do magistrado. Em outras palavras, uma vez constatado um grave desequilíbrio, considerando-se a natureza e especificidades do contrato e das circunstâncias negociais, deve o juiz intervir, reequilibrando, sempre que possível, o pacto.

Esse exercício foi realizado em discussão acerca de honorários advocatícios, decidido em última instância pelo Superior Tribunal de Justiça, em acórdão de relatoria da Ministra Nancy Andrigui, proferido em sede de recurso especial. A controvérsia cingia-se na determinação de honorários devidos pela Light a um escritório de advocacia, em virtude da atuação desse último na defesa dos interesses da empresa em ação rescisória movida pela União.

O contrato estabelecia honorários de êxito de 10%, calculados sobre o benefício econômico obtido na ação e previa também que, para os processos em que houvessem dificuldades para apuração do benefício seria realizada liquidação especial.[753] A Light recorreu à essa cláusula e o Tribunal de origem entendeu ser a mesma aplicável ao caso. Esse entendimento, no entanto, foi reformado no Superior Tribunal de Justiça, em virtude de a empresa ter apresentado impugnação ao valor da causa, na ação que havia originado a rescisória, valor esse, inclusive, não contestado à época.

[753] A Cláusula contratual, conforme transcrita no acórdão, assim dispunha: "Nos processos que houver dificuldades na apuração do benefício por falta de liquidez do pedido, uma vez encerrada a ação, será feita a liquidação especial, em comum acordo entre os contratantes, quando então serão excluídos eventuais exageros conferidos na pretensão do demandante, de modo a repor o pleito em bases reais, assim consideradas para parâmetros de outros feitos semelhantes".

Uma vez identificada a ausência de dificuldade na apuração do benefício econômico da empresa com a referida ação, deveria ser aplicado o percentual estabelecido no contrato sobre o benefício econômico auferido, para fins de cálculo dos honorários. Entretanto, o entendimento foi de que ao invés de 10%, tal como previsto no contrato, os honorários deveriam ser de 5% sobre o benefício. A justificativa para tal decisão foi formulada com base em dois argumentos consequenciais.

O primeiro é a de que se tratava de um contrato genérico, firmado para a atuação do escritório de advocacia em diversos processos, não sendo, pois, específico para a ação da qual surgiu a divergência. O segundo argumento foi de que a atuação do escritório, na ação em questão, havia sido simples, vez que o trâmite processual havia se desenvolvido em segundo grau de jurisdição e que a elaboração da contestação havia sido a parte substancial do trabalho do escritório. Com isso, conclui que os honorários deveriam ser reduzidos à metade.[754]

A decisão considerou as circunstâncias negociais e, a partir dessa, adequou uma cláusula contratual expressa às especificidades da situação. A razão para tal foi a grande desproporção entre a prestação e a contraprestação. A relação contratual era paritária e entre profissionais, o que não impediu a revisão do contrato,[755] com o objetivo de reequilibrá-lo.

---

[754] Nos termos do voto da Relatora: "O argumento do escritório recorrente, de que a LIGHT estava ciente de que o contratava após a contestação e que, portanto, poderia ter ressalvado essa circunstância, não modifica esta conclusão. Se estivéssemos diante da contratação de um escritório para um único processo, faria sentido em dizer que na assinatura do instrumento todas essas circunstâncias têm de ser levadas em consideração pelos celebrantes. Mas pelas alegações das partes neste processo, nota-se que o contrato de honorários aqui discutido é genérico, tendo sido firmado para vários processos que corriam concomitantemente. A ação rescisória era apenas um deles. É justo, nesse contexto, entender que as regras contratuais também são genéricas, passíveis, destarte, de interpretação em cada situação concreta, respeitadas as peculiaridades da espécie" (STJ, 3T. REsp 1344678. Rel. Min. Nancy Andrigui. DJe: 06/11/2012).

[755] Ementa: DIREITO CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. HONORÁRIOS CONTRATUAIS. BASE DE CÁLCULO. RESULTADO ECONÔMICO DA AÇÃO. VALOR ELEVADO. **CIRCUNSTÂNCIA PREVISÍVEL**. AUSÊNCIA DE RESSALVA. MANUTENÇÃO DO AJUSTE. CONTRATO MEDIANTE O QUAL O PATROCÍNIO DE VÁRIAS CAUSAS É TRANSFERIDO A ADVOGADOS. PRAXIS QUE APONTA NO SENTIDO DE QUE CAUSAS MAIS RENTÁVEIS COMPENSARÃO O TRABALHO EM CAUSAS MENOS RENTÁVEIS. ALEGAÇÃO, PELO RÉU, DE QUE O VALOR DO BENEFÍCIO ECONÔMICO NÃO É DETERMINÁVEL, CONDUZINDO A SEU ARBITRAMENTO, NOS TERMOS DO CONTRATO. NÃO ACOLHIDO. HIPÓTESE EM QUE OS ADVOGADOS ATUAM EM AÇÃO RESCISÓRIA. POSSIBILIDADE DE SE AFERIR O CONTEÚDO ECONÔMICO DO PROCESSO MEDIANTE A OBSERVÂNCIA DO VALOR COBRADO NA AÇÃO DE EXECUÇÃO DA SENTENÇA RESCINDENDA. REVISÃO DO CONTRATO PARA REDUÇÃO DO VALOR, POR SER EXAGERADO. IMPOSSIBILIDADE SE NÃO HÁ ALEGAÇÃO DE LESÃO, ESTADO DE PERIGO OU ONEROSIDADE EXCESSIVA. ASSUNÇÃO DO PROCESSO, PELOS ADVOGADOS, APÓS A CONTESTAÇÃO. **REDUÇÃO PROPORCIONAL DOS HONORÁRIOS**. 1. [...]. 6. **A contratação de advogado para atuar na ação rescisória após a apresentação de contestação justifica a redução proporcional de seus honorários.** Dada a importância dessa peça processual, notadamente em um procedimento mais célere como o da rescisória, a **redução** pode ser **estabelecida em 50%.** 7. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (STJ, 3T. REsp 1344678. Rel. Min. Nancy Andrigui. DJe: 06/11/2012). (Grifou-se).

Cumpre destacar que a essencialidade do aspecto objetivo, assim como a subsidiariedade ou desnecessidade do aspecto subjetivo para fins de configuração do desequilíbrio e da legitimação da sua correção judicial encontra respaldo na legislação, como nas hipóteses já comentadas das disciplinas da cláusula penal e na norma autorizadora de revisão judicial, contida nos artigos 317 do Código Civil,[756] bem como na interpretação judicial, como no caso das arras em hipóteses específicas.[757]

Ainda no Código Civil, o artigo 567[758] prevê a possibilidade de o locatário exigir a revisão do aluguel se a coisa alugada vier a se deteriorar sem culpa sua, trazendo a resolução como medida subsidiária a ser adotada na hipótese de a coisa não mais servir para o fim a que se destinava. Já na hipótese de locação de imóveis, o artigo 19 da Lei 8245, de 1991, dispõe que, após três anos de vigência do contrato e não havendo acordo, qualquer um dos contratantes pode pedir a revisão judicial do aluguel, a fim de ajustar o seu valor ao preço de mercado.[759]

No contrato de empreitada, havendo considerável diminuição no custo, é reconhecido ao dono da obra, pelo artigo 620 do Código Civil,[760] o direito de exigir judicialmente a revisão do preço global da obra. Por fim, ainda a título de ilustração, também para o contrato

---

[756] Artigo 317, CC 2002. 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.

[757] Ver Capítulo 5.

[758] Artigo 567, CC 2002. 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.

[759] Art. 19, Lei 8.245/91. Não havendo acordo, o locador ou locatário, após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado.

[760] Art. 620, CC 2002. Se ocorrer diminuição no preço do material ou da mão-de-obra superior a um décimo do preço global convencionado, poderá este ser revisto, a pedido do dono da obra, para que se lhe assegure a diferença apurada.
Já em relação ao empreiteiro, nos termos do artigo 625, II, a possibilidade de revisão do preço fica circunscrita a hipótese onerosidade excessiva superveniente em decorrência de causas geológicas, hídricas ou semelhantes (Art. 625, CC 2002. Poderá o empreiteiro suspender a obra: II - quando, no decorrer dos serviços, se manifestarem dificuldades imprevisíveis de execução, resultantes de causas geológicas ou hídricas, ou outras semelhantes, de modo que torne a empreitada excessivamente onerosa, e o dono da obra se opuser ao reajuste do preço inerente ao projeto por ele elaborado, observados os preços).

de seguro o legislador traz como solução principal e preferencial para a hipótese de desequilíbrio, no caso, superveniente, a revisão do prêmio estipulado.[761]

Como se destacou, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a possibilidade de intervenção judicial, com o objetivo de corrigir um desequilíbrio contratual e, mais ainda, admite que tal intervenção ocorra, independentemente da presença de algum estado especial de uma das partes envolvidas ou, em outros termos, acolhe e legitima, ainda que excepcionalmente, a atuação corretiva do magistrado diante de um desequilíbrio objetivo.

Em síntese, ao perfil subjetivo importa verificar a igualdade e a liberdade das partes, a fim de identificar eventual assimetria de poder entre elas, com o fim de orientar a forma e a intensidade da intervenção judicial, sendo esse o seu caráter instrumental. Assim, se houver disparidade de forças entre os contratantes, maior poderá ser a intervenção judicial, a qual só ocorrerá se também for constatado um desequilíbrio objetivo no contrato, derivando daí o seu caráter subsidiário. Por outro lado, inexistindo tal assimetria, o julgador deverá agir com muito mais cautela na eventualidade de uma intervenção, a qual só poderá ocorrer em hipótese de grave desproporção. Assim, é o desequilíbrio objetivo essencial e determinante da eventual e excepcional intervenção corretiva do magistrado.

ii) Qualificação do desequilíbrio

Não será todo e qualquer desequilíbrio que legitimará a intervenção judicial no contrato, mas apenas aquele reputado como grave e disfuncional.[762] Assim, após a aferição do equilíbrio próprio do contrato, por intermédio dos critérios anteriormente expostos, se constatado um desequilíbrio, esse deverá ser qualificado como grave, a fim de atrair a atuação corretiva do magistrado. Sem excluir outros fatores que podem ganhar relevância especial em concreto, elegem-se dois critérios sequenciais e interligados entre si, para a qualificação do

[761] Art. 770, CC 2002. Salvo disposição em contrário, a diminuição do risco no curso do contrato não acarreta a redução do prêmio estipulado; mas, se a redução do risco for considerável, o segurado poderá exigir a revisão do prêmio, ou a resolução do contrato.

[762] "A disciplina contratual vive numa tensão entre segurança e justiça, e muitas hesitações em torno da indagação de justiça substantiva no seio de cada relação contratual prendem-se com a insegurança que uma tal atitude induziria: pense-se, por exemplo, no que seria admitir-se a revisão dos termos contratuais a cada alteração das circunstâncias e a cada oscilação na onerosidade contratual, e no que isso representaria para a tutela das expectativas das partes" (ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato.* Coimbra: Almedina, 2007, p. 329).

desequilíbrio como grave, quais sejam: i) qualidade do interesse, se público ou privado e ii) função pessoal do patrimônio.

Tal qualificação é imprescindível para eventual intervenção judicial no contrato e, em especial, para harmonizar a atuação dos institutos positivados à luz do princípio do equilíbrio funcional, seja flexibilizando os seus respectivos requisitos subjetivos, seja contemplando situações que não estariam acobertadas pela aplicação literal da regra, seja, por fim, para indicar a aplicação literal das regras, tais como positivadas.

O primeiro critério eleito é o da titularidade dos interesses a serem protegidos, se público ou privado. Tal critério, por si só, não é definitivo, sendo necessária sua combinação com o outro critério apontado. Não obstante isso, a sua escolha se justifica em uma perspectiva construtiva, na medida em que, tradicionalmente, esse é o critério utilizado para a avaliação da validade dos negócios jurídicos em geral, o que inclui o sinalagma e, também, porque delimita eventuais efeitos da constatação do grave desequilíbrio.

Explica-se: a análise dos negócios jurídicos em geral é usualmente feita a partir de três planos: existência, validade e eficácia.[763] Ao plano da existência cumpre investigar a presença dos elementos necessários para que o fato possa existir. No plano da validade avalia-se o preenchimento de certos requisitos essenciais para que sejam atribuídos os efeitos pretendidos pelas partes. E, por fim, no plano da eficácia verificam-se os fatores que permitem, suspendem, condicionam ou mesmo, impedem a produção desses mesmos efeitos.

Adotando-se a sistematização de Antônio Junqueira de Azevedo, a existência de um negócio jurídico depende da presença de elementos gerais, de elementos categorias, próprios do tipo, e de elementos particulares ao negócio jurídico concretamente realizado. Dentre esses elementos, os categoriais são diretamente ligados à análise do equilíbrio, na medida em que caracterizam a natureza jurídica do tipo negocial, sendo possível extrair dos mesmos os índices do tipo, referidos no Capítulo 4. Esses mesmos elementos são avaliados no plano da validade, com intuito de verificar se preenchem os requisitos impostos pelo ordenamento.[764]

---

[763] "Plano da existência, plano da validade e plano da eficácia são os três planos nos quais a mente humana deve sucessivamente examinar o negócio jurídico, a fim de verificar se ele obtém plena realização" (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico:* existência, validade e eficácia. 4. ed. 7. tir. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 24).

[764] "Há certo paralelismo entre o plano da existência e o plano da validade: o primeiro é um plano de substâncias, no sentido aristotélico do termo: o negócio existe e os elementos são; o segundo é, grosso modo, um plano de adjetivos: o negócio é válido e os requisitos são as qualidades que os elementos devem ter. Há, no primeiro plano: a existência, o negócio existente e os elementos sendo. Há, no segundo: a validade, o negócio válido e os requisitos como qualidades dos elementos" (Ibid, p. 42).

Ainda segundo Antônio Junqueira de Azevedo, os elementos categoriais decorrem da ordem jurídica e não da vontade das partes e são subdivididos em elementos categoriais inderrogáveis, definidores da categoria negocial celebrada e, em elementos categoriais derrogáveis que, embora decorrentes da natureza do negócio, não são essenciais para sua caracterização e, sendo assim, podem ser afastados pela vontade das partes. Dentre os exemplos de elementos categoriais inderrogáveis colacionados pelo autor, está o sinalagma, tanto genético, quanto funcional.[765]

Nesse sentido, conclui-se que o equilíbrio contratual se insere no plano de validade dos negócios jurídicos. E, mais precisamente, sendo o sinalagma uma espécie de elemento categorial essencial ou inderrogável, decorre da lei, não no sentido de que será imposto, mas controlável.

Afirmar que o sinalagma é um elemento categorial inderrogável, avaliado no plano da validade, no entanto, é insuficiente para a qualificação do desequilíbrio em grave ou não, na medida em que o sinalagma é subjetivo, cabendo às próprias partes a sua definição. Mas, o fato de estar inserido nesse plano, indica que está sujeito ao controle externo, assim como que um possível caminho para a qualificação do desequilíbrio seja recorrer ao critério distintivo das espécies de invalidade, que vem a ser a titularidade dos interesses a serem protegidos.[766]

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece duas espécies de invalidade, que são a nulidade e a anulabilidade.[767] A primeira seria a sanção mais grave, imposta quando a prática do ato jurídico for violadora de interesse público e geral, ao passo que a anulabilidade seria uma sanção menos grave, quando a inobservância dos requisitos para a prática do ato violasse interesse privado. A diversidade dos interesses a serem protegidos justifica a diferença dos

---

[765] "Se subirmos na escala de abstração, verificaremos que as categorias mais altas têm também seus elementos categoriais essenciais. Assim, o acordo sobre o sinalagma genético nos contratos onerosos (prestação e contraprestação, uma como causa da outra, por ocasião da formação do contrato); o acordo sobre o sinalagma funcional, nos contratos bilaterais (prestação e contraprestação, uma como causa da outra, não só na formação, mas também na execução do contrato) " (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico:* existência, validade e eficácia. 4. ed. 7. tir. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 36).

[766] "O conceito de invalidade é vasto e abrange o de nulidade e o de anulabilidade. A primeira decorre da falta de qualquer dos requisitos legais formação do ato ou de expressa disposição da lei. A segunda é sanção de menor grau, resultante da incapacidade relativa ou de vício de vontade. O critério distintivo deve ser, porém, o da titularidade dos interesses a proteger. Tratando-se de interesse geral, o caso é de nulidade; se o interesse for particular, é de anulabilidade" (AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: Introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 530).

[767] "Considerando a gravidade da infração e a importância do interesse a resguardar, os sistemas jurídicos impõem sanções de maior ou menor intensidade [...]. No direito brasileiro, há dois graus de invalidade: (a) nulidade, que constitui a sanção mais enérgica [...], e (b) anulabilidade, cujos efeitos são relativizados somente às partes diretamente envolvidas [...]" (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico:* plano da validade. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 94-95).

efeitos de uma e de outra espécie de invalidade e, também é útil para a qualificação do desequilíbrio em grave ou não.

Sendo o interesse privado, é disponível e, por essa razão, a sanção é menos gravosa e o ato jurídico, não obstante maculado, pode ser confirmado pelas partes.[768] Se o interesse em jogo for público e/ou geral, independentemente da vontade das partes, a nulidade será declarada de ofício e o ato não poderá ser confirmado, ratificado, nem convalidará pelo decurso do tempo, como regra.[769] De forma análoga, se o desequilíbrio não for grave, será reputado à esfera de interesses patrimoniais disponíveis das partes, não sendo consentido ao magistrado intervir. Por outro lado, se for grave, independentemente da concordância do outro contratante, deverá o juiz intervir.

Mas, o que seria o interesse público na hipótese? A mera alusão a um interesse público ou privado mostra-se insuficiente para o esclarecimento da questão. Além da dificuldade inerente ao que estaria contemplado por uma ou outra esfera, a abstração de tal critério poderia representar insegurança jurídica. Por essa razão e, levando em consideração o objeto desse estudo e os fins aqui pretendidos, o critério da titularidade do interesse deve ser somado ao da função pessoal exercida pelo patrimônio. Assim, o desequilíbrio será qualificado como grave, ferindo um interesse público e, por essa razão, legitimando a intervenção judicial, sempre que vulnerar o patrimônio mínimo de uma das partes.

O patrimônio consiste no complexo de relações jurídicas ativas apreciáveis economicamente de uma pessoa.[770] Uma de suas características essenciais, conforme a opção legislativa brasileira, é a sua condição de universalidade de direitos, a qual, segundo Caio Mário da Silva Pereira, atende ao interesse prático associado à função de garantia exercida pelo patrimônio.[771] Daí é que, tradicionalmente se aponta como primeira função exercida pelo patrimônio, a de garantia do crédito.[772] Nesse sentido, a lei processual dispõe que "o devedor

---

[768] Art. 172, CC 2002. O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro.

[769] Art. 169, CC 2002. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.

[770] Art. 91, CC 2002. Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico.

[771] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil:* introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil. v.1. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 336.

[772] "O patrimônio, concebido como universalidade, constitui, em virtude de mandamento legal, a garantia assegurada aos credores do devedor para a satisfação de seus créditos no caso de inadimplemento" (OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio separado:* herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundos de investimento imobiliário, trust. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 185).

responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros" (art. 591, CPC) e, também, a lei civil determina que "pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor" (art. 391, CC 2002).

Certamente, a responsabilidade civil é patrimonial ou, em outros termos, eventual constrição incidirá sobre o patrimônio e não sobre a pessoa do devedor. Entretanto, como consequência direta das transformações valorativas do ordenamento e a alocação da pessoa humana no ápice do ordenamento, essa função é limitada na exata medida em que se reconhece que o patrimônio exerce uma função voltada para o seu próprio titular.

De fato, o patrimônio não serve apenas como garantia dos credores, sendo essencial para o desenvolvimento da personalidade da pessoa. Então, o patrimônio, antes tido apenas como garantia geral do crédito, é funcionalizado à proteção da pessoa humana. Protege-se, então, um patrimônio mínimo, que fica imune à execução, exatamente como forma de proteção da pessoa, cujo exemplo mais difundido é o da impenhorabilidade do bem de família. Trata-se, em síntese, do que se convencionou chamar de repersonalização do direito civil, a indicar que o patrimônio deixa de ter apenas como função a garantia da satisfação dos credores, passando a encontrar na pessoa a sua função mais importante a ser desempenhada.

Nesse contexto emerge a doutrina do patrimônio mínimo que, a partir do reconhecimento de que alguns institutos antes vocacionados exclusivamente à garantia do crédito adquirem finalidade personalística, propõe blindar um patrimônio mínimo, uma parcela do patrimônio global, para assegurar a dignidade da pessoa humana.[773] A justificativa para tal é que, em decorrência direta do princípio da dignidade da pessoa humana, deve-se preservar o patrimônio mínimo do devedor que não poderá ser levado à ruína. O patrimônio mínimo, portanto, supera o interesse privado do seu titular e alcança status de ordem pública ou, pelo menos de interesse público. Existe, portanto, um núcleo patrimonial intangível e indisponível, o qual não se renderá à força obrigatória dos contratos.

Importante destacar que o objetivo da ponderação acima proposta se resume à qualificação do desequilíbrio. Entende-se que o princípio do equilíbrio funcional dos contratos tutela interesses de natureza patrimonial e, dessa forma, a proteção dos interesses extrapatrimoniais é indireta, na medida em que decorre da proteção do patrimônio mínimo. Por outro lado, a utilização do patrimônio mínimo como limite à liberdade das partes na

---

[773] Por todos, ver: FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

fixação do sinalagma dos contratos que celebram, parece ser consentânea com a axiologia constitucional.

Sempre que a desproporção presente no contrato implicar vulneração do patrimônio mínimo, será qualificada como grave, em virtude de afetar um interesse superior ao das partes contratantes e, consequentemente, atrairá a incidência do princípio do equilíbrio funcional dos contratos, flexibilizando, se for o caso, regras específicas, tais como a da lesão e a da onerosidade excessiva superveniente e, principalmente, legitimando a intervenção judicial. A rigor, na hipótese de uma grave desproporção, a cláusula contratual ou mesmo todo o contrato será reputado como inválido, seguindo a sistematização de Antônio Junqueira de Azevedo, que inclui o sinalagma como elemento categorial inderrogável.[774]

Nesse caso, a ponderação será entre a segurança jurídica e os valores da solidariedade social e da igualdade substancial, fundamentos do princípio do equilíbrio funcional dos contratos, prevalecendo esses últimos. Ademais, em hipóteses tais, a execução do contrato, em seus próprios termos, não seria executável. Assim, a incidência do princípio do equilíbrio funcional dos contratos se impõe, como forma de salvaguardar os interesses de ambos os contratantes, na medida em que permitirá a correção da desproporção excessiva, mantendo-se o vínculo, se possível.

Por outro lado, ainda que exista desproporção, se essa não for de tal magnitude a ponto de esbarrar em um interesse público ou, principalmente, em um interesse extrapatrimonial, não será qualificada como grave e, salvo na hipótese de restar configurado um dos defeitos do negócio jurídico ou a onerosidade superveniente, deverá, em regra, ser mantido o contrato. Isso porque, em tal hipótese, a ponderação será entre a segurança jurídica, questão de ordem pública, e um interesse privado patrimonial disponível, prevalecendo a primeira.

iii) Ponderação entre segurança jurídica e os princípios da solidariedade social e da igualdade substancial: o problema da incidência em situações de desequilíbrio tipicamente previstas

O desequilíbrio, patologia que o princípio do equilíbrio funcional dos contratos visa combater, foi objeto de atenção do legislador em situações específicas. O princípio do

[774] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico:* existência, validade e eficácia. 4. ed. 7. tir. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 36.

equilíbrio se presta a conferir a necessária abertura do sistema, a fim de contemplar outras situações não abarcadas pelos institutos positivados. Entretanto, não pode significar espécie de revogação tácita desses últimos, razão pela qual, é primordial delinear a sua função e o seu significado no sistema da legalidade constitucional, estabelecendo uma relação de harmonia com as demais fontes normativas.

Mais precisamente, para não se confundir com um espaço para arbitrariedade judicial, todos os valores, regras e demais princípios devem consistir em balizas para sua determinação e aplicação, inseridos conjuntamente no procedimento hermenêutico de construção de todo um ordenamento jurídico para o caso concreto.[775]

O princípio do equilíbrio funcional dos contratos é preenchido pela noção de proporcionalidade e a sua aplicação, por intermédio da atuação corretiva do magistrado, deve ser guiada por um juízo de equidade, visando atenuar e corrigir os excessivos rigores da norma. A possibilidade de o juiz decidir por equidade encontra respaldo no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro[776] e limite no artigo 127 do Código de Processo Civil[777] e, como já consignado pelo Superior Tribunal de Justiça, a equidade não pode significar a substituição da aplicação do direito objetivo por critérios pessoais de justiça do julgador, mas não veda que se busque a justiça no caso concreto.[778]

Pietro Perlingieri, ao analisar as funções a serem desempenhadas pela equidade, pela proporcionalidade e pela razoabilidade no ordenamento jurídico italiano, chega a algumas conclusões de todo pertinentes ao princípio do equilíbrio funcional dos contratos, em virtude do seu conteúdo e da sua função.[779]

Inicialmente, afirma que tais noções só podem ser deduzidas em relação ao ordenamento específico, com vistas aos valores prevalentes e à sua complexidade, concluindo

---

[775] PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional***.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.618.

[776] Art. 5º, LINDB. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

[777] Art. 127, CPC. O juiz só decidirá por eqüidade nos casos previstos em lei.

[778] "A proibição de que o juiz decida por equidade, salvo quando autorizado por lei, significa que não haverá de substituir a aplicação do direito objetivo por seus critérios pessoais de justiça. Não há de ser entendida, entretanto, como vedando se busque alcançar a justiça no caso concreto, com atenção ao disposto no art. 5º da Lei de introdução" (RSTJ 83/168).

[779] PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p.223-229.

que "se a equidade não significa arbítrio do juiz, todos os valores do ordenamento devem ser considerados parâmetros que concorrem à sua determinação".[780]

No mesmo sentido, Carlos Edison do Rego Monteiro Filho pondera que o recurso à equidade se insere em uma hermenêutica renovada que ultrapassa a ideia de que a aplicação da lei se restringe à mecânica da mera subsunção do fato à norma, e reconhece que "o juiz na interpretação e aplicação do Direito deve levar em consideração o ordenamento jurídico inteiro, com seus princípios e valores, e não somente o dispositivo legal sob específico exame".[781]

De forma análoga, o princípio do equilíbrio funcional também não significa arbítrio ou salvo conduto para interferências injustificadas no conteúdo dos contratos. Assim, a sua operacionalização deve respeitar os valores do ordenamento, especialmente a liberdade das partes e a segurança jurídica.

Ainda em relação à equidade, Pietro Perlingieri adverte que a mesma, frequentemente, é a síntese de vários princípios normativos, representando uma ponderação dos valores instrumentais da proporcionalidade e da razoabilidade. E, sendo assim, a equidade ou o juízo de equidade, deve ser conforme às normas imperativas, às ordinárias e aos princípios reguladores da matéria ou, pelo menos, aos princípios gerais de direito, afinal, conclui o referido jurista, "não existe uma equidade sem relação com o ordenamento jurídico, considerado na sua unidade e na sua articulada complexidade".[782]

Importando tais considerações para a delimitação do campo de incidência do princípio do equilíbrio funcional dos contratos, deve-se questionar se o princípio teria aplicação em uma situação típica de lesão ou estado de perigo após o prazo decadencial de quatro anos, por exemplo ou, ainda, para a revisão e/ou resolução de um contrato que, por fatores supervenientes tenha se tornado excessivamente oneroso, mas que não preenchesse os demais requisitos para a incidência do instituto, notadamente a imprevisibilidade e a extraordinariedade.

A questão é delicada. Se por um lado, afastar a incidência do princípio em virtude da existência de uma regra, representaria inversão na ordem de prevalência, por outro, afastar

---

[780] Ibid, p.225.

[781] MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Art.944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: TEPEDINO, Gustavo e 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.757-796, p. 779.

[782] PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional***.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.227.

uma regra, poderia ferir a segurança jurídica. A solução requer, portanto, a harmonização e individualização da normativa aplicável à luz de todo o ordenamento e, em atenção às especificidades do caso.[783]

Pode-se visualizar um possível conflito entre o princípio do equilíbrio e um instituto positivado, na hipótese de desequilíbrio superveniente. O legislador brasileiro positivou o instituto da onerosidade excessiva nos artigos 478 a 480 do Código Civil[784], elencando uma série de requisitos, tanto subjetivos, quanto objetivos para a incidência do instituto.[785] O legislador previu ainda, a possibilidade de revisão judicial do valor das prestações "quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução" (art. 317, CC 2002). Por fim, no artigo 6º, inciso V do Código de Defesa do Consumidor, é assegurado, como direito básico do consumidor, a revisão das cláusulas contratuais que, em razão de fatos supervenientes, se tornem excessivamente onerosas.

A rigor, como constatado pela pesquisa jurisprudencial apresentada no item 3 do Capítulo 3, a principal dificuldade na aplicação do instituto é o preenchimento do requisito subjetivo, consubstanciado na imprevisibilidade e na extraordinariedade dos fatos supervenientes. Observou-se também que, em muitos casos, a onerosidade sequer é analisada. Ante esse cenário, é possível ocorrer de um contrato se tornar excessivamente oneroso e, por exemplo, o fato determinante para tal não ser extraordinário ou imprevisível. Em situações tais, poderia o juiz reequilibrar o acordo, aplicando o princípio do equilíbrio funcional?

Em sede jurisprudencial já se defendeu a possibilidade de revisão do contrato, mesmo ausente os requisitos da imprevisibilidade e da extraordinariedade, evocando, para tal, a teoria da base objetiva do negócio, cuja peculiaridade em relação à teoria da imprevisão e à disciplina da onerosidade excessiva superveniente, prevista nos artigos 478 a 480 do Código

---

[783] "Um ordenamento a-sistemático, isto é, feito de normas que não exprimem relações internas, não encontrou até hoje uma verificação histórica. A hipótese não é somente de escola, mas é improvável porque logicamente contraditória. Se o critério de fundação do sistema privilegia de modo decisivo o conteúdo sobre a forma (*contenutistitico)*, sendo, portanto, fruto de elaboração, das correlações entre um e outro instituto, o sentido do sistema se deduz não no esplêndido isolamento da relação do intérprete como conteúdo de cada norma, mas sempre confrontando cada norma com todas as outras, verificando a sua coerência constitucional. Tal conexão é uma necessidade também lógica, como meio de conhecimento do ordenamento vigente e de suas possibilidades". (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007).

[784] Ver Capítulo 3.

[785] Nos termos do artigo 478 do Código Civil, a incidência do instituto requer: contrato de execução continuada ou diferida, onerosidade excessiva para uma parte, extrema vantagem, acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.

Civil de 2002, é que, não obstante o fato superveniente ter que ser estranho à álea natural do contrato, não precisa ser imprevisível.

Antes mesmo da vigência do Código de Defesa do Consumidor a referida teoria foi aplicada ou, pelo menos, o Superior Tribunal de Justiça concluiu pela possibilidade de revisão contratual, considerando indiferente para a decisão, a previsibilidade ou imprevisibilidade do fato superveniente gerador do desequilíbrio. Tratava-se de contrato de promessa de compra e venda de imóvel em construção, no qual não havia cláusula de correção monetária. Em virtude do retorno da alta da inflação no final da década de 1980, as prestações, mantidas em valor nominal, tornaram-se insignificantes em face da contraprestação, impondo excessiva onerosidade ao promitente vendedor. No caso, em acórdão de relatoria do Ministro Ruy Rosado, foi expressamente ressaltado que o "fato [inflação], previsível ou não, determinou uma modificação objetiva das circunstâncias [...], o que não pode ser desprezado para o exame da economia do contrato". E, com isso, foi reconhecida a possibilidade de revisão da prestação, ao fundamento da alteração substancial da base objetiva do contrato.[786]

Mais recentemente, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em voto-vencido, defendeu a aplicabilidade da teoria da base objetiva para reequilibrar um contrato não caracterizado como de consumo. Tratava-se de contrato de financiamento, celebrado em moeda estrangeira, para aquisição de equipamento médico utilizado na atividade profissional do devedor e que veio a ser tornar excessivamente oneroso em virtude da maxidesvalorização do real no final da década de 1990.[787] A Turma, por maioria, entendeu pela inaplicabilidade da teoria da base objetiva e pela impossibilidade de revisão do contrato, em virtude de a variação cambial ser fato previsível, especialmente no caso, visto que as partes, voluntariamente, haviam celebrado aditivo contratual após a primeira oscilação cambial.

---

[786] Ementa: PROMESSA DE COMPRA E VENDA. FATO SUPERVENIENTE. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DO CONTRATO. PLANO CRUZADO. CORREÇÃO MONETÁRIA. CELEBRADO O CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA, COM PRESTAÇÕES DIFERIDAS, SEM CLÁUSULA DE CORREÇÃO MONETÁRIA, DURANTE O TEMPO DE VIGÊNCIA DO PLANO CRUZADO, QUANDO SE ESPERAVA DEBELADA A INFLAÇÃO, **SUPERVENIENTE DESVALORIZAÇÃO DA MOEDA JUSTIFICA A REVISÃO DO CONTRATO, CUJA BASE OBJETIVA FICOU SUBSTANCIALMENTE ALTERADA**, PARA ATUALIZAR AS PRESTAÇÕES DE MODO A REFLETIR A INFLAÇÃO ACONTECIDA DEPOIS DA CELEBRAÇÃO DO NEGOCIO. PRECEDENTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (STJ, 4ª T. Resp. 135.151, Rel.: Min. Ruy Rosado, DJ: 10/11/1997, p. 57787). (Grifou-se).
No mesmo sentido: STJ, 4T. REsp. 94.692. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ: 21/09/1998 p. 167; STJ, 4T. REsp 8.473. Rel. Min. Athos Carneiro. DJ: 25/11/1991, p. 17079 e LEXSTJ vol. 34 p. 147.

[787] STJ, 3T. REsp. 1.321.614. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino (vencido). Rel. p/ac. Min. Ricardo Villas Boas Cueva. DJe: 03/03/2015.

Entende-se desnecessária a tentativa de reconhecer a adoção da teoria da base objetiva do negócio para as relações contratuais em geral, na medida em que o ordenamento positivado viabiliza uma solução hermenêutica, a partir da leitura sistêmica e em conformidade com a unidade do ordenamento jurídico dos artigos 317 e 478 do Código Civil de 2002, lidos e aplicados em harmonia com o princípio do equilíbrio funcional dos contratos.

A norma contida no artigo 317 foi inspirada na necessidade de atribuir ao juiz poder de revisar contratos, cujas prestações viessem a se tornar excessivamente desproporcionais em relação ao momento da celebração do acordo e em virtude da inflação.[788] Entretanto, quando da sua aprovação, foi suprimida a parte referente à inflação, de sorte que a previsão se tornou mais ampla e apta a ser instrumento muito mais útil para a revisão dos contratos.[789] Com isso, em doutrina há quem reconheça no artigo 317 verdadeira cláusula geral de revisão das obrigações em geral,[790] bem como uma relação de complementariedade entre tal norma e a do artigo 478.[791]

A norma autorizadora da revisão judicial, por sua própria topologia,[792] incide sobre todas as obrigações[793] e, sendo assim, não obstante a previsão do artigo 478, uma

---

[788] Redação original: "Quando, pela desvalorização da moeda, ocorrer desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento da execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que se preserve, quanto possível, a equivalência das prestações".

[789] TEPEDINO, Gustavo, SCHREIBER, Anderson. AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código civil comentado:* direito das obrigações (arts. 233 a 420). v. 4. São Paulo: Atlas, 2008, p. 218.

[790] Nesse sentido: BORGES, Nelson. Aspectos positivos e negativos da revisão contratual no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 95, n. 849, p. 80-110, jul. 2006; POTTER, Nelly. *Revisão e resolução dos contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; TABET, Gabriela. Obrigações pecuniárias e revisão obrigacional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações:* estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 333-367.

[791] Nelly POTTER defende a complementariedade dos dispositivos, concluindo que: "A desproporção manifesta aludida no artigo 317 relaciona-se com a excessiva onerosidade do artigo 478, na medida em que é justamente a excessiva onerosidade que pode causar a manifesta desproporção. Por outras palavras, a onerosidade excessiva está pressuposta nos casos de desproporção manifesta do valor das prestações contratuais. Assim, ambos os conceitos dirigem-se a uma finalidade comum de readequar as relações jurídicas tornadas injustas em decorrência de acontecimentos imprevisíveis e não há qualquer entrave à sua utilização conjunta como fundamento à intervenção judicial com base na teoria da imprevisão" (*Revisão e resolução dos contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 166).

[792] O dispositivo está inserido no livro de obrigações, no título que trata do adimplemento e da extinção das obrigações.

[793] A doutrina diverge nesse ponto. José Ricardo Pereira Lira, em sentido oposto ao que se está defendendo, entende que o artigo 317 não se aplica aos contratos, especialmente aos comutativos. Em sua interpretação, o dispositivo presta-se somente a excepcionar o princípio do nominalismo e relaciona-se com prestações alimentícias ou de cunho indenizatório. (LIRA, Ricardo Pereira. A onerosidade excessiva no Código Civil e a impossibilidade de modificação judicial dos contratos comutativos sem anuência do credor. In: TEPEDINO, Gustavo, FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo:* embates jurídicos e utopias contemporâneas –

interpretação sistemática autoriza a que a norma do artigo 317 seja estendida a todas as hipóteses de onerosidade excessiva, especialmente porque, essa norma mostra-se mais condizente com o atual estágio do direito, voltado para o conteúdo dos pactos, em uma renovada perspectiva da ideia de justiça contratual.[794]

Ao comparar as normas dos artigos 317 e 478 percebe-se que o enunciado normativo do artigo 317 é mais isonômico, na medida em que se presta a tutelar credor e devedor, ao contrário da disciplina do artigo 478 que, injustificadamente, se dirige apenas ao devedor. A rigor, pela literalidade desse último, o credor jamais poderia pleitear a revisão ou a resolução contratual em virtude de desequilíbrio superveniente, o que é injustificável à luz do princípio da igualdade.[795] Por mais essa razão, em relação à tutela do equilíbrio superveniente à contratação, a norma do artigo 317 se aproxima mais da proposta teórica do princípio do equilíbrio funcional dos contratos que, como já afirmado no Capítulo 5, tem como um dos seus fundamentos, a igualdade substancial.

Ademais, ao determinar a revisão do contrato ao invés da sua resolução, o artigo 317 guarda maior sintonia com o princípio da conservação dos negócios jurídicos e, também, com o princípio do equilíbrio funcional que, como será abordado mais a frente, privilegia a readequação dos pactos à resolução.

Soma-se ainda que a norma do artigo 317 é mais abrangente que a do artigo 478, na medida em que não exige a extraordinariedade do fato superveniente, causador da desproporção. E, exatamente por isso, coaduna-se com o princípio do equilíbrio funcional dos contratos, o qual enfatiza a desproporção, conferindo caráter instrumental e subsidiário aos

---

Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 425-456, p. 450-451).

[794] Nesse sentido, Gabriela Tabet assevera: "O art. 317 do Código Civil consiste em norma expressa autorizadora da revisão judicial das obrigações, passível, por certo, de aplicação às relações contratuais, diante da inafastável necessidade de se interpretar o ordenamento jurídico brasileiro como um sistema unitário. Não há que se falar, consequentemente, em impossibilidade de revisão dos contratos em razão do caráter de especialidade das normas previstas nos arts. 478 a 480 do Código Civil diante da generalidade do disposto no art. 317. Isto porque, a revisão contratual não é repelida pelo legislador, mas tão somente prevista de modo precário, o que é facilmente solucionado pela hermenêutica. Saliente-se que as normas interpretáveis restritivamente são somente aquelas excepcionais, inspiradas em princípio da regra que caracteriza o ordenamento e reguladoras de matéria considerada exceção à luz dos princípios que constituem o fundamento racional do sistema. Esta não é a hipótese da norma em questão. Ademais, os mesmos fundamentos jurídicos utilizados pela doutrina pátria e pela jurisprudência para justificar a revisão contratual antes do advento do Código Civil de 2002 subsistem, ainda mais tendo-se em conta a principiologia informadora da nova teoria dos contratos" (TABET, Gabriela. Obrigações pecuniárias e revisão obrigacional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações:* estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 333-367, p. 342).

[795] Cf.: BORGES, Nelson. Aspectos positivos e negativos da revisão contratual no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 95, n. 849, p. 80-110, jul. 2006.

aspectos subjetivos do desequilíbrio.[796] Paulo Luiz Neto Lobo, inclusive, assevera que "a finalidade da norma [artigo 317] é a equivalência material das prestações",[797] indo ao encontro da *ratio* do princípio do equilíbrio funcional dos contratos.

Cumpre ainda destacar que a norma se ocupa mais da desproporção do que da imprevisibilidade, ao menos na conotação voluntarista, da teoria da imprevisão.[798] E, nessa perspectiva, o requisito da imprevisibilidade vem recebendo uma interpretação mais elástica, a fim de abarcar não só causas de desproporção não previsíveis, como também aquelas que, não obstante previsíveis, sejam de resultados imprevisíveis.[799] Nesse ponto, verifica-se a convergência entre a norma e o princípio do equilíbrio funcional dos contratos. O requisito da imprevisibilidade, assim como o perfil subjetivo do princípio do equilíbrio, tem uma função subsidiária e não essencial em face da grave desproporção. Ambos são guias para o intérprete, mas não são determinantes da revisão judicial dos pactos.[800]

Por fim, entende-se que a interpretação do artigo 317, à luz do princípio do equilíbrio funcional dos contratos, autoriza o reconhecimento de que: i) a revisão é uma solução viável

---

[796] Segundo Nelly POTTER, "a relativização da imprevisibilidade, ao tratar como fator primordial o objetivo desequilíbrio não imputável à parte prejudicada, já denota que este dispositivo deve ser utilizado como supletivo à exegese do artigo 478 do Código Civil" (*Revisão e resolução dos contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 164-165).

[797] LOBO, Paulo Luiz Neto. *Direito civil:* obrigações. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 186.

[798] "Hodiernamente, constata-se a tendência a despir a imprevisibilidade, aludida pelo dispositivo, de conteúdo subjetivo, tornando dispensável investigar se intimamente as partes seriam capazes de prever eventual desproporção entre as prestações. Cumpre, ao contrário, verificar se a desproporção, objetivamente considerada, era ou não imprevisível" (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República:* parte geral e obrigações (arts. 1º a 420). vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 615).

[799] Citam-se três enunciados do Conselho de Justiça Federal nesse sentido: Enunciado 17: Art. 317: a interpretação da expressão "motivos imprevisíveis" constante do art. 317 do novo Código Civil deve abarcar tanto causas de desproporção não previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis.
Enunciado 175: Art. 478: A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às conseqüências que ele produz.
Enunciado 366: Art. 478. O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente e pelos riscos próprios da contratação.

[800] Extremando essa ideia, Álvaro Villaça Azevedo propõe que se exclua, tanto do artigo 478, quanto do artigo 317, o termo "imprevisíveis". Especificamente sobre o artigo 317, justifica que: "deve excluir-se a palavra imprevisíveis, pois qualquer motivo de desequilíbrio deve ser considerado, independentemente de qualquer imprevisibilidade. Assim, deve ser, para que se evite o enriquecimento injusto ou indevido. O Direito moderno não pode possibilitar esse enriquecimento injustificado, contra o princípio da comutatividade dos contratos, transformando os negócios comutativos em aleatórios" (AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis).* In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *Direito e o tempo:* embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 11-35, p. 35).

para as hipóteses de onerosidade excessiva supervenientes e que essa, não depende da oferta do credor, tal como previsto no artigo 479, podendo ser requerida diretamente pelo autor da ação revisional que, inclusive, pode ser o credor ou o devedor e, ii) a revisão judicial dos contratos por desequilíbrio superveniente não depende de uma prova cabal acerca da imprevisibilidade do fato gerador da alteração das circunstâncias, desde que se verifique grave desproporção entre as prestações, seja em dois instantes de tempo distintos, seja em comparação à contraprestação.

Entretanto, frisa-se, essa releitura e aplicação conjunta do artigo 317 com o princípio do equilíbrio funcional dos contratos, deve observar uma série de critérios, tais quais os que foram apresentados no item anterior.

Outra possível colisão entre uma regra positivada e o princípio do equilíbrio funcional dos contratos se dá na hipótese de algum dos defeitos do negócio jurídico, especialmente da lesão e do estado de perigo. Em tais casos, vislumbram-se, ao menos, duas situações com as quais o magistrado pode se deparar.

A título de ilustração da primeira situação possível, suponha um contrato particular de compra e venda de um imóvel por preço substancialmente inferior ao valor de mercado do mesmo, atestado por perícia, e celebrado em um momento de extrema necessidade do vendedor. O comprador integraliza o preço, nos termos estabelecidos no contrato e é realizada a transferência do título de propriedade. Passados cinco anos da celebração do negócio, o vendedor ingressa com uma ação judicial, pleiteando a invalidação do negócio ou a complementação do preço, alegando lesão e desequilíbrio contratual. A invalidação em virtude da lesão não seria possível, em razão do esgotamento do prazo decadencial. Mas, seria possível a revisão com fundamento no princípio do equilíbrio funcional?

No ordenamento jurídico brasileiro, os defeitos do negócio jurídico, decorrentes de vício do consentimento, tais como o erro, o dolo, a coação, a lesão e o estado de perigo, permitem a anulabilidade do negócio defeituoso, no prazo decadencial de quatro anos. A presença de um desses defeitos quando da manifestação de vontade criadora do vínculo jurídico contratual pode impactar diretamente o equilíbrio do acordo estabelecido entre as partes. Se, durante o interregno do prazo, a parte a quem o negócio, supostamente, prejudica, não se manifestou, seria possível atacar, posteriormente, tal negócio com base no princípio do equilíbrio funcional?

Para fins de exemplificação da segunda situação possível, suponha que em um contrato geneticamente desequilibrado, a parte supostamente prejudicada tenha ajuizado ação

anulatória dentro do prazo decadencial, mas que essa tenha sido julgado improcedente em virtude da não comprovação do estado de necessidade ou de inexperiência, na hipótese da lesão, ou do dolo de aproveitamento da outra parte, no caso de estado de perigo. Seria possível atacar esse contrato com base no princípio do equilíbrio funcional dos contratos?

A solução para tais questões, certamente, não pode ser única e peremptória, mas casuística e devidamente fundamentada. Entretanto, assim como se construiu dentro do próprio ordenamento uma solução hermenêutica para a hipótese inicialmente apresentada, sobre um possível conflito entre a disciplina da onerosidade excessiva e o princípio do equilíbrio funcional dos contratos, vislumbra-se também uma solução hermenêutica para a situação de aparente conflito entre os institutos positivados de combate ao desequilíbrio genético e o princípio do equilíbrio funcional.

Entende-se possível estender a previsão contida no artigo 413 do Código Civil, referente ao dever de redução equitativa da cláusula penal nas hipóteses de cumprimento parcial ou de excessiva onerosidade da mesma, a partir de uma leitura à luz do princípio do equilíbrio funcional dos contratos, à tais situações. Isso porque, a opção legislativa expressa na norma citada, além de representar inequívoca transformação qualitativa do instituto da cláusula penal,[801] uma vez que confia à sensibilidade do magistrado na análise do caso concreto a aferição da justiça do contrato consoantes as ideias de equilíbrio e proporcionalidade, 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 as expressamente previstas na disciplina dos vícios do consentimento e da onerosidade excessiva por fatos supervenientes.[802]

---

[801] No mesmo sentido, e com a inovação trazida pelo supracitado art. 413 do Código Civil de 2002, foi extinta a previsão constante do art. 927 do Código anterior, que vedava a invocação da excessividade da pena convencional como fundamento à isenção de pagamento. Constata-se, portanto, a preocupação do legislador em trazer no próprio texto normativo limites de caráter valorativo à cláusula penal, garantindo a observância da finalidade precípua dos contratantes na celebração de um negócio jurídico.

[802] Afinal, como precisamente problematizado por Anderson Schreiber: "Ora, se pode o juiz reduzir a cláusula penal manifestamente excessiva, porque não pode reduzir outros elementos contratuais (e.g., juros ou arras) manifestamente excessivos? Se lhe é dado interferir no contrato para reduzir a multa livremente estabelecida pelas partes, porque não lhe é dado interferir para reduzir outras obrigações acessórias ou mesmo as obrigações principais do negócio? Qual noção de sistema salvaria o legislador de uma flagrante incoerência se tivesse permitido ao juiz a correção do desequilíbrio no tocante à multa contratual, mas proibida idêntica atuação para corrigir o desequilíbrio (muito mais grave, diga-se) do próprio objeto do contrato?" (SCHREIBER, Anderson. O Princípio do Equilíbrio das Prestações e o Instituto da Lesão. In: Sílvio de Salvo Venosa, Rafael Villar Gagliardi e Paulo Magalhães Nasser. (Orgs.). *10 Anos do Código Civil Desafios e Perspectivas*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 138-160, p.156).

No entanto, a eventual atuação corretiva do magistrado deve ser delimitada, a fim de se estabelecer a fronteira de atuação de cada um dos institutos positivados, com o intuito de fortalecer o princípio, não atribuindo ao mesmo uma função subsidiária na solução de situações já regulamentadas pelo legislador, bem como para salvaguardar a segurança jurídica. Para tanto, mostra-se necessário eleger alguns critérios orientadores da atuação do magistrado.

Nesse ponto já é possível apresentar quatro conclusões parciais.

A *primeira* é que o ordenamento jurídico brasileiro não admite o desequilíbrio e a grave ou manifesta desproporção, na medida em que o próprio sistema autoriza a revisão judicial dos contratos.

A *segunda* conclusão parcial é a de que alguns dos remédios previstos pelo legislador para combater o desequilíbrio, notadamente, as normas dos artigos 317 e 413[803] do Código Civil, podem e devem ter uma aplicação ampliada se, após a sua releitura à luz do princípio do equilíbrio funcional dos contratos, prevalecer, na ponderação entre a igualdade substancial e a solidariedade social, de um lado, e a liberdade, de outro, os primeiros valores.

A *terceira* conclusão parcial é de que pode-se extrair das regras referidas, um princípio geral de controle objetivo da autonomia privada, aplicável, por analogia, à outras situações de desequilíbrio, se, frisa-se, lidas, interpretadas e aplicadas à luz do princípio do equilíbrio funcional dos contratos, o que pressupõe a análise acurada do caso concreto, por intermédio de alguns critérios, os quais, exemplificativamente, são apresentados no item a seguir.

A *quarta* e última conclusão parcial é de que o possível conflito entre as regras positivadas e vocacionadas ao combate ao desequilíbrio e o princípio do equilíbrio funcional dos contratos é meramente aparente. Isso porque, o princípio do equilíbrio funcional dos contratos congrega tais regras positivadas pelo legislador, oxigenando-as com uma renovada axiologia, a permitir, não a sua desconsideração, mas a sua adaptação a uma nova realidade.

Com efeito, o princípio do equilíbrio funcional dos contratos, certas vezes, indicará a aplicação estrita da regra positivada. Em tais casos, não se estará negando a incidência do princípio, mas tão somente, reconhecendo-se a perfeita coincidência entre a regra e o princípio no específico caso concreto, seja para reconhecer a possibilidade ou não de

---

[803] A rigor, como já destacado por Paulo Luiz Neto LOBO, comentando a regra estatuída pelo artigo 413, "o juízo de equidade segue padrões de experiência comum aplicáveis ao caso concreto e realiza o princípio da equivalência material, ou seja, o justo equilíbrio de direitos e deveres, que deve estar sempre presente no programa do contrato" (*Direito civil:* obrigações. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.273-274).

modificação e/ou de resolução do contrato. Afinal, como explica Robert Alexy,[804] a partir do consenso de que um princípio deva ser aplicado em toda situação que envolva os mesmos condicionamentos fáticos e jurídicos, ele vira uma regra. Trata-se, portanto, de uma escolha anterior de prevalência de determinado princípio, agora sob a forma de regra, para solucionar casos com as mesmas características.

Em síntese, a atuação corretiva do magistrado será excepcional. Assim, não será diante de qualquer desproporção que o juiz poderá intervir, apenas naquelas muito significativas. Essa natureza excepcional se intensifica ainda mais diante de uma situação tipicamente prevista. Nessa hipótese, o afastamento da regra específica só será legítimo se, na ponderação dos interesses em jogo, prevalecer a necessidade de proteção daquele que pleiteia a revisão do contrato. Isso decorrerá de uma ponderação em conformidade com a axiologia constitucional.

Isso porque, se a aplicação do princípio do equilíbrio funcional dos contratos é guiada por um juízo de equidade, não pode violar uma norma, mas com ela harmonizar-se. Com efeito, se a equidade tem que ser conforme o ordenamento, como seria "possível a equidade como substitutiva da norma ordinária, a qual é legítima somente se for conforme às normas constitucionais e comunitárias?"[805] Com efeito, como já mencionado, o recurso à equidade não pode se confundir com arbitrariedade. Ao revés, "a invocação da equidade sublinha e enfatiza a necessidade de preenchimento do conteúdo da lei pela normativa constitucional e sua tábua axiológica".[806]

6.4. Espaço de atuação do magistrado diante de eventual desequilíbrio

A última etapa da operacionalização do princípio do equilíbrio funcional dos contratos toca especificamente o âmbito de atuação legítima do magistrado diante de eventual

[804] "As condições sob as quais um princípio precede a outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente, [ou seja], a determinação de uma relação de preferência é, de acordo com a lei de colisão, o estabelecimento de uma regra" (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* São Paulo: Malheiros, 2008, p. 105).

[805] PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional***.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.227.

[806] MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Art.944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: TEPEDINO, Gustavo e 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.757 a 796, p. 784.

desequilíbrio ou simplesmente, da delimitação dos efeitos do eventual reconhecimento do desequilíbrio grave ou disfuncional.

Esclarece-se que nesse ponto discute-se a incidência do princípio do equilíbrio funcional dos contratos em situações diversas daquelas tuteladas por algum instituto positivado. Assim, pode-se tratar tanto de um desequilíbrio originário, sem que tenha restado configurada a hipótese de lesão ou de estado de perigo, por exemplo, como de um desequilíbrio superveniente, sem que, da mesma forma, tenham sido preenchidos os requisitos necessários para a incidência do instituto da onerosidade excessiva.

Assim, a questão que se coloca se resume na identificação das possíveis medidas a serem adotadas pelo magistrado diante de uma situação de grave desequilíbrio. Sobre essa questão, Pietro Perlingieri, ao discorrer sobre o princípio da proporcionalidade, o qual em muito se assemelha ao do equilíbrio funcional dos contratos, identifica três possíveis consequências para a violação do equilíbrio ou proporcionalidade. O autor afirma que a consequência normal, mas não exclusiva, seria a redução à equidade, sendo possível também o reconhecimento *ex offico* da ineficácia relativa, bem como a declaração de nulidade da cláusula desequilibrante e a conservação do contrato.[807]

Certamente, esses são possíveis efeitos da incidência do princípio do equilíbrio funcional dos contratos. Entretanto, antes de adentrar propriamente nesse ponto, é necessário tecer breves considerações acerca da função da boa-fé objetiva em situações tais, especialmente no que tange ao dever de renegociação entre as partes, ou seja, antes de eventual intervenção judicial, a qual, a rigor, só ocorrerá diante da frustração da renegociação.

No Capítulo 3 foi delimitado o espaço de atuação de cada um dos novos princípios contratuais – função social, boa-fé objetiva e equilíbrio funcional. E, com base nas lições de Pietro Perlingieri, [808] foi sublinhado que o princípio da boa-fé objetiva se mostrou insuficiente como mecanismo de controle da autonomia negocial, voltado para a concretização do mandamento constitucional da igualdade substancial, indicando a necessidade de desenvolvimento do princípio do equilíbrio. Por fim, concluiu-se que, mesmo reconhecendo a

---

[807] "Em conclusão, o princípio da proporcionalidade se realiza de vários modos segundo os contratos e os sujeitos: o papel, a qualificação das partes não pode deixar de ter relevância para este fim. A consequência normal, mas não exclusiva, da violação do princípio da proporcionalidade é a redução à equidade, *rectius*, à proporção. Frequentemente, a esta se flanqueiam ora a ineficácia relativa reconhecida *ex officio*, ora a nulidade da cláusula desequilibrante e a conservação do contrato" (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional***.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 418).

[808] Id. Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 12, Rio de Janeiro: PADMA, 2002, p.131-168, p. 132-133.

autonomia de cada um dos princípios, existe entre eles uma relação de complementariedade, especialmente entre os princípios do equilíbrio e da boa-fé, no sentido de que o primeiro deva atuar conforme o segundo. [809]

Essa perspectiva da complementariedade pode ser observada em dois momentos distintos, a saber, no dever de renegociação entre as partes, sempre que houver quebra do sinalagma e, também, na atuação do magistrado, na medida em que os contratos devem ser interpretados conforme à boa-fé, assim como o princípio do equilíbrio deve atuar conforme à boa-fé objetiva.

Em relação ao dever de renegociação, Nelson Nery Junior pondera que em todos os contratos e, em especial naqueles de longa duração, a cooperação entre as partes para o atingimento do objetivo comum (que é a própria razão justificadora do vínculo), consubstanciado no fiel cumprimento do acordo, impõe o dever de renegociação sempre que houver perturbação da base objetiva do contrato. Por fiel execução do acordo, em razão desse mesmo dever de cooperação, o autor exclui "aquilo que não se afigure digno de exigir". Assevera, por fim, que o dever de renegociação consistiria em um dos deveres anexos, decorrentes da boa-fé objetiva.[810]

Importante ressaltar que o referido autor está precipuamente considerando em sua análise, os contratos de longa duração, que venham a se tornar excessivamente onerosos em razão de fatores supervenientes e externos à álea do contrato. Entretanto, se existe um dever de renegociação derivado da boa-fé objetiva, não haveria razão para afastá-lo nas hipóteses de contratos de execução imediata. O autor considera que para combater o desequilíbrio genético, seria suficiente a proteção conferida pelos vícios do consentimento e/ou sociais. Porém, como já argumentado, pode ocorrer de não ser e, em tais casos, parece razoável reconhecer o mesmo dever de renegociação.

Considerando-se a existência de tal dever de renegociação, três observações devem ser feitas. A primeira é de que tal dever não pode significar a supressão do princípio da obrigatoriedade dos contratos, razão pela qual surgiria apenas diante do grave desequilíbrio e seria exercido em conformidade com às preferências reveladas pelas partes quando da contratação. Em hipótese alguma o dever de renegociação poderia significar submissão de uma das partes à mudança de opinião, por assim dizer, da outra.

---

[809] Ibid, p. 146.

[810] NERY JUNIOR, Nelson. Renegociação contratual. *Revista dos Tribunais*, v. 906, 2011, p. 113-155, p. 118.

A segunda observação é válida também para a eventual intervenção judicial e consiste em que o dever de renegociação (ou a possível revisão judicial) não tem por objeto os maus contratos, compreendidos como aqueles em que, não obstante serem mais vantajosos para uma das partes, não se verificam defeitos, alteração substancial por fatos supervenientes e/ou desequilíbrio grave. Em síntese, realizar um mau contrato faz parte do jogo negocial, sendo um risco ordinário ao qual todos aqueles que negociam estão sujeitos.

A terceira e última observação é de que o reconhecimento da existência de um dever de renegociação não significa que as partes irão voluntariamente cumpri-lo. Essa observação vai ao encontro da ressalva feita por Pietro Perlingieri acerca da insuficiência da boa-fé objetiva na concretização do mandamento constitucional de diminuição das desigualdades. Assim, frustrada a renegociação, o judiciário será chamado a intervir e, tal intervenção será feita com base no princípio do equilíbrio funcional dos contratos, aplicado em conformidade com a boa-fé objetiva, a qual será um guia e até mesmo um corretivo para o primeiro.

Nesse sentido, Gustavo Tepedino esclarece que a interpretação contratual, em atenção à manutenção do equilíbrio, deve comungar as teorias da declaração e da confiança e a interpretação sistemática de todas as cláusulas contratuais e com "a boa-fé objetiva na preservação do equilíbrio contratual e da comutatividade estabelecida".[811] Conclui o autor que, a coligação entre a comutatividade (ou correspectividade) e o equilíbrio, extraídos do próprio contrato estabelecido pelas partes – "índice de sua própria causa ou função" – com a boa-fé objetiva permitiria:

> 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.[812]

A rigor, o princípio do equilíbrio é importante instrumento de garantia da comutatividade contratual[813] e, nesse sentido, de preservação do sinalagma, o qual, como já algumas vezes mencionado, é subjetivamente determinado, o que implica o espaço reduzido de atuação do magistrado, unicamente diante da grave desproporção. Essa será assim

---

[811] TEPEDINO, Gustavo. O papel da hermenêutica contratual na manutenção do equilíbrio econômico dos contratos. In: Soluções Práticas de Direito – Pareceres, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.451-472, p. 455.

[812] Ibid, p. 456.

[813] Ibid, p. 455.

qualificada quando ferir um interesse público ou geral, correspondente, no caso, à vulneração do patrimônio mínimo de uma das partes.

Em tais casos poderá o magistrado reconhecer de ofício o grave desequilíbrio, embora seja mais plausível a hipótese daquele que está sendo excessivamente onerado provocar o judiciário, visando a correção do desequilíbrio ou a resolução do contrato. Isso porque, o sinalagma, como já referido, é um dos elementos categoriais inderrogáveis do negócio jurídico e, sendo assim, a sua avaliação se dá no plano da validade, o que significa dizer que a quebra ou falta do sinalagma implicará na invalidade do negócio, cuja peculiaridade repousa no fato de que, tanto pode ser originária, quanto superveniente. E, uma vez estabelecido que o desequilíbrio grave configura invalidade, resta perquirir se tal invalidade macula todo o contrato.

A principal consequência prática da declaração de invalidade de um negócio é a não produção dos efeitos pretendidos pelas partes,[814] em razão do desfazimento do próprio negócio. Porém, se a invalidade não abranger a totalidade do ato, não atingindo um ponto substancial e sendo possível, em tal hipótese, distinguir a parte válida, o negócio poderá subsistir após a sua redução. Com isso, conserva-se o negócio jurídico e busca-se a realização do fim almejado pelas partes.

Exatamente nesse sentido, ou seja, guiado pelo princípio da conservação dos negócios jurídicos, é que deve ser a atuação do magistrado em face de grave desequilíbrio. A rigor, o princípio da conservação dos negócios jurídicos[815] mostra-se baliza essencial na determinação da atuação do magistrado em face do desequilíbrio, a indicar que, sempre que possível, deve-se preferir a revisão do contrato em detrimento da sua rescisão, corrigindo apenas a grave desproporção. Afinal, como ressaltado por Antônio Junqueira de Azevedo, a conservação do negócio jurídico "é a consequência necessária do fato de o ordenamento jurídico, ao admitir a

[814] "Se a validade do negócio significa a sua conformidade com o ordenamento jurídico, a invalidade é, portanto, uma irregularidade jurídica. [...]. A consequência imediata é a ineficácia, a impossibilidade de produzir os efeitos pretendidos" (AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: Introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.529).

[815] O princípio da conservação dos negócios jurídicos não foi nominalmente previsto, porém, encontra fundamento nas previsões dos artigos 170, 172 e 184 do Código Civil. O artigo 170 versa sobre a conversão do negócio jurídico, instituto através do qual altera-se a qualificação do negócio jurídico celebrado pelas partes, com o objetivo de que, com a nova qualificação, alguns dos efeitos pretendidos possam ser produzidos. O artigo 172 prevê a confirmação, pelas próprias partes, de negócio jurídico maculado por algum vício ensejador de anulabilidade. Por fim, o artigo 184 prevê a possibilidade de redução do negócio jurídico nulo, a fim de ser afastada a parte inválida, sempre que possível, e manter o negócio no que for válido, em respeito à realização do fim almejado pelas partes.

categoria negócio jurídico, estar implicitamente reconhecendo a utilidade de cada negócio jurídico concreto".[816]

A revisão contratual sempre encontrou maior resistência na doutrina, visto que, invariavelmente, representa uma intervenção externa no acordo de vontades estabelecido pelas partes. Nas hipóteses de onerosidade excessiva superveniente, por exemplo, tradicionalmente privilegiava-se a resolução, sendo admitida a revisão apenas nas hipóteses expressamente previstas pelo legislador.[817] Entretanto, observadas as transformações na própria valoração da vontade, bem como a funcionalização dos contratos como decorrência da incidência da axiologia constitucional[818] e, em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, entende-se que a revisão, sempre que possível, deve ser preferida.[819]

Ademais, se existe um dever de renegociação, derivado do princípio da boa-fé objetiva e, se a revisão judicial só ocorrerá quando tal dever não for cumprido, a intervenção judicial não será indevida, nem injustificada. Mesmo que assim não o fosse, não obstante as partes serem livres na fixação do conteúdo dos contratos que celebram, esse conteúdo pode e deve ser objeto de controle judicial. Em outros termos, as partes são livres, porém não são soberanas na determinação do conteúdo. A rigor, no âmbito do controle de legitimidade do ato de autonomia, caberá ao juiz verificar o equilíbrio do contrato, sendo guiado pela noção de

---

[816] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico:* existência, validade e eficácia. 4. ed. 7. tir. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 67.

[817] Antônio Pedro Medeiros Dias explica que "o fundamento existente por trás da prioridade conferida ao remédio da resolução do contrato reside na tradicional preocupação de preservação da autonomia das partes, que proíbe que o juiz altere aquilo que os contratantes, no exercício de sua liberdade, negociaram e ajustaram e, dessa forma, imponha a uma das partes que aceite um adimplemento em condições diversas daquelas originalmente contratadas" (DIAS, Antônio Pedro Medeiros. *Revisão e resolução do contrato por onerosidade excessiva no código civil*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013, p. 122).

[818] Ver Capítulo 2.

[819] Acerca da preferência pela revisão em hipótese de onerosidade excessiva superveniente, assim se posicionam Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes: "considerando que a resolução por onerosidade excessiva está hoje inserida em um sistema normativo que consagra como princípios contratuais a boa-fé e a função social, é bem possível, e mesmo recomendável, que os pressupostos deduzidos de uma interpretação meramente literal do art. 478 sejam relidos à luz destes novos princípios, despregando-se, assim, daquele antigo modelo correspondente à teoria da imprevisão. Assim, poder-se-á sustentar, em primeiro lugar, que a revisão – e não somente a resolução – do contrato será exigível, com base na boa-fé (art. 422) e, mais especificamente, com fundamento da norma inscrita no art. 317 (originalmente este último dispositivo se referia à 'desvalorização monetária', mas a referência foi suprimida). Os arts. 317 e 422 são, pois, normas que dão apoio à criação de outras hipóteses de revisão do contrato, ampliando-se assim o alcance do art. 478 quando comparado ao alcance que lhe seria dado conforme uma interpretação meramente literal, que o circunscrevesse, anacronicamente, à antiga teoria da imprevisão" (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República:* teoria geral dos contratos, contratos em espécie, atos unilaterais títulos de crédito, responsabilidade civil e privilégios creditórios (arts. 421 a 965). vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 131).

proporcionalidade, que vem a ser o conteúdo do princípio do equilíbrio funcional dos contratos.

A revisão do contrato, por intermédio da redução da parte reputada como inválida, só será possível se a alteração ou exclusão da cláusula (ou cláusulas) geradoras do desequilíbrio grave não importar desvirtuamento da estrutura contratual estabelecida pelas partes, a ponto de o instrumento contratual não permitir mais o atingimento dos fins almejados pelos contratantes ou, implicar alteração substancial nas características do contrato originalmente pactuado.

Significa dizer que o magistrado poderá apenas revisar o contrato, a fim de reestabelecer o seu equilíbrio em observância aos termos originalmente pactuados, mas não poderá inovar. Trata-se de um poder limitado e estritamente corretivo. Consequentemente, a intervenção judicial não pode resultar em nova regra contratual ou na criação de diversas atribuições patrimoniais, ônus, prerrogativas etc., mas restringir-se ao reequilíbrio das regras previstas pelas próprias partes.

Esse poder-dever corretivo ou revisional do magistrado, em última instância, corresponde à uma extensão do âmbito de incidência do dever de redução equitativa, previsto no artigo 413, referente à cláusula penal. Por mais essa razão é que a atuação do magistrado não pode ser guiada, nem visar uma espécie de equilíbrio baseada em fórmulas matemáticas, seja porque proporcionalidade não significa igualdade, seja porque um tal equilíbrio poderia não ser equitativo.

Por fim, a atuação do magistrado não tem por objetivo determinar a igualdade entre as prestações e demais situações subjetivas decorrentes do contrato, submetendo-o à uma nova fórmula econômica objetivamente justa. A atuação é limitada e legitimada apenas para reduzir a desproporção excessiva, é excepcional e pautada por critérios objetivos, justificados apenas quando houver grave desproporção e para corrigir esta última.

CONCLUSÃO

Vivencia-se, desde a promulgação da Constituição de 1988, o desafio de concretizar as transformações anunciadas pelo projeto constitucional, o que por um lado gera grande entusiasmo e, por outro lado apreensão em virtude das incertezas inerentes a qualquer mudança. Transitar de um modelo positivista para um pós-positivista atrai questionamentos e o receio da perda de segurança jurídica, em larga escala compreendida como a possibilidade de prever as consequências jurídicas das condutas praticadas, ainda que tal sistema tenha mostrado tantas vezes a sua insuficiência.

Transportar esse modelo mais aberto, flexível e valorativo para a seara do direito privado e, especialmente, para o âmbito do direito contratual mostra-se mais dificultoso, na medida em que pressupõe romper com o pré-conceito de que tal área seria infensa à maiores interferências externas e, até mesmo apartada das normas constitucionais, bem como aceitação de que a liberdade, até então, quase absoluta, passa a ser limitada internamente e condicionada a interesses outros que aqueles dos próprios sujeitos contratantes. Soma-se ainda a inversão axiológica, a determinar que o patrimônio passa a ser serviente a pessoa, tutelada em primeiro lugar.

Nesse contexto, afirmar a existência de um princípio do equilíbrio contratual é afirmar a constitucionalização do direito civil, reconhecendo a funcionalização dos atos de autonomia à axiologia constitucional e, consequentemente, atrair todas as críticas[820] desse mesmo procedimento no qual o desenvolvimento do princípio do equilíbrio se insere. E, além disso, significa enfrentar a grande dificuldade metodológica do direito civil-constitucional, que é a compatibilização de valores antagônicos e essenciais ao modelo plural e democrático escolhido pelo constituinte originário.

Só faz sentido afirmar a existência de um princípio do equilíbrio se for reconhecida a sua autonomia, a permitir que o mesmo seja aplicado às relações contratuais privadas, independentemente de regras positivadas. Isso, por seu turno, implica certa limitação da liberdade das partes em relação ao conteúdo dos contratos e, também, flexibilização dos princípios clássicos da obrigatoriedade e da intangibilidade. Tais consequências práticas

[820] Sobre as principais objeções à incidência imediata das normas constitucionais no direito civil, ver: TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In*:* SOUZA NETO, Cláudio Pereira, SARMENTO, Daniel. (Coords.). *A constitucionalização do direito:* fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 309-320, p. 315-316.

causam espanto e até mesmo repulsa em um primeiro momento. Porém, um exame mais cauteloso e despido dos dogmas voluntaristas, permite concluir que à luz dos valores constitucionais vigentes, não é razoável defender, *a priori*, a obrigatoriedade de um contrato marcado por uma excessiva e injustificada desproporção, ao argumento de que a vinculação foi voluntária.

A Constituição de 1988, por possuir feição compromissória, a albergar zonas de tensão entre ideias antagônicas, fixou, a um lado, o princípio da livre iniciativa e, a outro, o da solidariedade social, de cuja compatibilidade se extrai a caracterização do equilíbrio das avenças. Essa leitura das normas constitucionais motivou o desenvolvimento desta tese, cuja hipótese central é a da existência, no ordenamento jurídico brasileiro, do princípio do equilíbrio dos contratos, cuja racionalidade é extraída dos princípios constitucionais da igualdade substancial e da solidariedade social, em harmonia com o princípio da liberdade.

A fim de testar essa hipótese, procedeu-se a uma revisitação da teoria contratual em perspectiva evolutiva, utilizando-se o que se denominou por dialética entre a vontade e a justiça pelo conteúdo, como parâmetro para tal análise. Verificou-se que a ideia de trocas equilibradas sempre se fez presente nas construções jurídicas, variando apenas a forma e a valoração desse equilíbrio. Assim, as primeiras delimitações teóricas acerca de institutos hoje conhecidos como lesão e onerosidade excessiva eram justificadas em razões de cunho moral e religioso e a forma de aferição de equilíbrio das trocas era calcado em aspectos objetivos. Isso altera-se profundamente com o apogeu do voluntarismo jurídico, quando a preocupação central se volta para a proteção da liberdade e igualdade civis, implicando importância subsidiária e residual ao equilíbrio dos contratos.

No caso brasileiro especificamente, a primeira metade do século XX foi dedicada à construção de teorias gerais que, pelo próprio objetivo generalizante, partiam de abstrações, conformes à ideologia individual-liberal que influenciou o Código Civil de 1916. Assim, a teoria contratual foi construída em torno do sujeito de direito, da igualdade formal e da liberdade, cujo pilar fundante era a autonomia da vontade. A partir dos anos 1920, contudo, observa-se a intervenção crescente do Estado na economia e nos contratos, exatamente porque os alicerces daquelas construções teóricas acima referidas, eram postas em xeque pela realidade fática.

Consequentemente, observou-se nos anos seguintes a uma intensa atividade legislativa, resultando na promulgação de leis extravagantes que, por vezes disciplinavam integralmente determinados setores e por vezes introduziam mecanismos protetivos para

determinados atores sociais. Deste contexto somado a uma realidade contratual inteiramente nova resultou um processo gradativo de desfragmentação da teoria contratual tradicional até chegar ao momento atual no qual o constituinte democrático funda um novo modelo de Estado, cujos fundamentos e objetivos voltam-se para a proteção da pessoa, concretização da solidariedade e diminuição das desigualdades.

A Constituição de 1988, ao determinar que a livre iniciativa tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, impôs novas bases para a reconstrução da teoria contratual. Manteve o sistema de livre mercado, porém, condicionou o exercício da liberdade aos objetivos personalista e solidarista. Com isso, submeteu os atos de autonomia a um amplo juízo de merecimento de tutela, o qual abarca a verificação da licitude, da legitimidade e, também, do atendimento aos valores socialmente prevalentes. E, exatamente por isso, sedimentou a ambiência jurídica necessária para o controle de conteúdo dos contratos, incluindo a aferição do equilíbrio.

Identificada a ambiência jurídica necessária, o passo seguinte foi pesquisar se haveria um espaço de normatividade para o princípio do equilíbrio funcional dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente após a entrada em vigor do Código Civil de 2002 que normatizou as cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, bem como positivou institutos específicos vocacionados ao combate do desequilíbrio. Constatou-se que, não obstante tais importantes inovações, ainda existia um espaço autônomo a ser preenchido pelo princípio do equilíbrio, com o fim de complementar os instrumentos necessários para um juízo de merecimento de tutela dos atos de autonomia e, especificamente, auxiliar a concretização dos princípios da igualdade substancial e da solidariedade social, em harmonia, por certo, com o da livre iniciativa, no âmbito contratual privado.

Como consequência da confirmação da hipótese, delimitou-se a proposta da tese, consistente na construção e desenvolvimento teórico do princípio do equilíbrio funcional dos contratos paritários, onerosos, bilaterais e comutativos. O trajeto percorrido, não foi simples, na medida em que pressupôs identificar dentro do sistema jurídico um caminho que atendesse ao objetivo de preservação da segurança jurídica, tão cara e necessária a manutenção das relações jurídicas e do próprio sistema, ao mesmo tempo em que permitisse o passo adiante e igualmente necessário, na concretização dos princípios informadores do ordenamento jurídico brasileiro, ou simplesmente, que permitisse a efetivação do potencial transformador da Constituição de 1988.

Adotou-se, como premissa metodológica para essa construção, o respeito e manutenção dos alicerces dogmáticos, desde que compatíveis com o projeto constitucional. A intenção não foi a de promover uma ruptura paradigmática com a teoria contratual clássica, mas de promover uma releitura e adaptação dos seus postulados ao modelo constitucional vigente. Daí o cuidado em identificar os conceitos que seriam empregados à luz do entendimento doutrinário consolidado e da prática jurisprudencial, bem como estabelecer como ponto de partida para essa construção, a liberdade efetiva, cuja garantia é apresentada como pressuposto do princípio do equilíbrio funcional dos contratos.

O tema proposto não permite alcançar soluções peremptórias, porém, ao fim da pesquisa realizada, conclui-se que a atual conformação do ordenamento jurídico brasileiro abriga a proposta teórica do princípio do equilíbrio funcional dos contratos, a permitir a realização de um controle objetivo do conteúdo dos pactos, com o fim, não de impor uma igualdade entre as obrigações contrapostas e correspectivas, mas voltado ao propósito de garantia do exercício efetivo das liberdades no âmbito das relações de conteúdo patrimonial, corrigindo, excepcionalmente, os graves desequilíbrios. Tal conclusão foi alcançada a partir das seguintes considerações principais:

1. Doutrina e jurisprudência pátrias reconhecem, ao menos nominalmente, a existência de um princípio do equilíbrio dos contratos. Usuais são as referências à justiça comutativa, como princípio inerente às trocas. Nas decisões judiciais, o princípio do equilíbrio é constantemente avocado, como um imperativo de justiça. Entretanto, verifica-se que a menção ao princípio nas decisões judiciais é um recurso meramente retórico, desprovido de um conteúdo efetivo e, no âmbito doutrinário, apenas recentemente se observa um esforço em sua delimitação, não sendo rara a simples associação entre o princípio do equilíbrio e alguns institutos positivados.

2. O primeiro movimento de atenção ao conteúdo dos contratos verificado no ordenamento jurídico brasileiro foi tangencial e como efeito de uma proteção da vontade. Ainda na vigência do Código Civil de 1916, por construção pretoriana, admitiu-se a compatibilidade da cláusula *rebus sic standibus* com o ordenamento brasileiro. Em continuidade, sem refutar a fórmula clássica da justiça contratual, compreendida como o somatório da liberdade e da igualdade, foi reconhecida a desigualdade fática entre os sujeitos contratantes e, a partir disso, incluídos

mecanismos visando reigualar as partes, tanto através de uma legislação protetiva quanto de institutos vocacionados ao combate de situações patológicas e, sempre justificados em aspectos subjetivos, tais como a necessidade, inexperiência e imprevisão, os quais, somados a desproporção, justificariam a rescisão, a revisão e/ou resolução dos contratos.

3. Em tais situações de grave desequilíbrio e justificadas também por aspectos subjetivos, o ordenamento passou a aceitar, de forma excepcional, a resolução dos contratos, na medida em que a intervenção judicial era tida como algo inaceitável, salvo se o legislador expressamente houvesse previsto. Assim, tradicionalmente, manteve-se a intangibilidade dos pactos, mesmo diante da flexibilização da sua obrigatoriedade, de sorte que a possibilidade de revisão judicial dos contratos é conquista mais recente, associada ao princípio da conservação dos negócios jurídicos.

4. Em virtude da supremacia das normas constitucionais, promoveu-se profunda transformação qualitativa nos contornos da autonomia privada, de sorte que o exercício das liberdades privadas foi funcionalizado ao atendimento e realização dos preceitos constitucionais. Consequentemente, os atos de autonomia passam a ser protegidos em virtude, não de resultarem da vontade, mas, por serem merecedores de tutela, ou seja, lícitos, legítimos e potencialmente aptos à promoção dos valores do ordenamento.

5. O critério da licitude representa um limite negativo e externo à liberdade, determinando que os atos de autonomia não podem violar regras ou, simplemente que devem ser estruturalmente conforme o direito. O critério da legitimidade também afigura limite negativo, porém interno, a indicar que os atos de autonomia devem ser exercidos em conformidade com a sua função. O terceiro limite é positivo e consiste na funcionalização do ato de autonomia ao atendimento dos interesses sociais relevantes. Esses três limites ampliaram a base de juridicidade dos atos de autonomia que, para além da vontade, encontra-se no ordenamento. Consequentemente, pode-se afirmar que o contrato deixa de ser reino só da liberdade, para ser também da solidariedade e da igualdade substancial, valores a serem harmonizados na construção do princípio do equilíbrio.

6. Verifica-se, assim, uma ressignificação da própria função do contrato na contemporaneidade, no sentido de que o mesmo, em conformidade com o projeto constitucional, torna-se instrumento de promoção dos valores da liberdade, da solidariedade e da igualdade. Nessa perspectiva de uma liberdade na solidariedade, o contrato instrumentaliza a proteção da pessoa concreta inserida com todas as suas particularidades em uma relação.

7. Constatou-se que, tanto em doutrina quanto na jurisprudência, os termos comutatividade, bilateralidade e correspectividade são empregados como sinônimos e no sentido de designar contratos onerosos, dos quais resultam atribuições patrimoniais interdependentes para ambas as partes. Essa nomenclatura foi adotada, com a única ressalva de que o nexo de interdependência entre as prestações principais, bem como a própria qualificação da prestação em principal, será identificada no processo de interpretação e qualificação do contrato em concreto.

8. Verificou-se também que, majoritariamente doutrina nacional e estrangeira reconhecem que o sinalagma contratual deve ser subjetivamente determinado, decorrendo, pois, do exercício da liberdade das partes em relação à fixação da fórmula econômica dos contratos que celebram, em atenção aos seus próprios interesses. Essa prerrogativa conferida as partes é de todo compatível com a axiologia constitucional, a qual tutela a livre iniciativa e no seu bojo a liberdade contratual em sentido amplo. Por outro lado, destacou-se que isso dificulta, porém não impede a aferição do equilíbrio, o qual é possível por intermédio da identificação da função econômico-individual do contrato.

9. Assim, segundo a primeira *premissa instrumental* para o estudo do equilíbrio funcional dos contratos, os critérios para verificação do equilíbrio são extraídos do tipo contratual estabelecido entre as partes, sendo este individuado por intermédio do processo unitário de interpretação e qualificação do contrato, utilizando para tal, a causa em concreto, compreendida como a função econômico-individual do contrato. A adoção dessa premissa mostra-se compatível com a adoção da postura hermenêutica de privilégio ao aspecto funcional do contrato e, também, apresenta-se como método que viabiliza que a aferição do equilíbrio se faça em conformidade com às preferências das partes naquele contrato específico.

10. O equilíbrio funcional abrange toda a existência do contrato, desde a sua formação até a sua execução, abrangendo os aspectos subjetivo e objetivo do contrato. O perfil subjetivo diz respeito à efetiva liberdade das partes na celebração do contrato, o que pressupõe a real igualdade entre os contratantes. O perfil objetivo refere-se ao conteúdo do contrato e, em seu aspecto normativo, traduz a síntese da posição normativa dos contratantes. Já seu aspecto econômico tem como foco o núcleo objetivo do contrato, mais precisamente, o valor econômico das prestações principais. Defendeu-se que a análise de cada um dos perfis fosse pautada por critérios objetivos, com base nos índices extraídos do procedimento unitário de interpretação e qualificação do contrato.

11. O perfil subjetivo do equilíbrio mostra-se subsidiário e instrumental, ao passo que o perfil objetivo é essencial para a incidência do princípio do equilíbrio funcional dos contratos, na medida em que se está delineando um espaço de eventual atuação corretiva do magistrado, que só será justificada na hipótese de grave desproporção no conteúdo contratual. Significa dizer que a proteção em concreto derivada do princípio do equilíbrio só será devida diante de um desequilíbrio manifesto, independentemente da qualidade das partes, tendo em vista que a intervenção judicial vai de encontro aos princípios da intangibilidade e da obrigatoriedade dos contratos, razão pela qual, deve ser excepcional, sendo justificada apenas quando constatado efetivo e grave desequilíbrio objetivo no contrato, a caracterizar a sua disfuncionalidade.

12. Significa dizer que, via de regra, os contratos são obrigatórios e intangíveis.

13. Em virtude de o primeiro desafio a ser enfrentado na construção do princípio do equilíbrio funcional dos contratos ser a identificação do meio termo entre liberdade e merecimento de tutela dos conteúdos e, tendo em vista o objetivo fundamental, elencado pelo constituinte, de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em um ambiente jurídico no qual o valor social da livre iniciativa figura como um dos seus fundamentos, elegeu-se, como ponto de partida, a liberdade. Contudo, não uma liberdade meramente formal, mas sim, efetiva. Isso porque, a introdução de mecanismos visando minimizar a desigualdade entre as partes mostrou-se insuficiente para o atingimento de relações contratuais mais justas e equilibradas, evidenciando

que o passo seguinte nesse caminhar demandaria uma alteração qualitativa da liberdade.

14. O princípio do equilíbrio funcional dos contratos encontra fundamentação nos princípios constitucionais da igualdade substancial e da solidariedade social. Faltando equipolência entre as partes, potencializa-se a possibilidade de um desequilíbrio, o que vai ao encontro de uma percepção mais geral, consolidada em institutos, tais quais a lesão e a onerosidade excessiva. Por outro lado, o condicionamento do exercício da liberdade aos ditames da justiça social, foi opção expressa do constituinte ao dispor sobre a ordem econômica constitucional. Estabelece-se, portanto, uma relação de complementariedade entre a igualdade substancial e a solidariedade social, a fim de indicar que a desigualdade desacompanhada de grave desproporção não legitimará a atuação corretiva do magistrado, bem como que a solidariedade volta-se para proteção e promoção da pessoa e não para sumeter os contratos à interesses coletivistas.

15. O conteúdo do princípio do equilíbrio funcional dos contratos é informado pela noção de proporcionalidade, notadamente na acepção de base de comparação entre dois interesses contrapostos, a indicar que a avaliação do conteúdo dos pactos deve ser pautada por critérios os mais objetivos possíveis, bem como que o objetivo não é impor uma igualdade entre as obrigações contrapostas. Assim, a partir da proporcionalidade que, além de conteúdo do princípio do equilíbrio, é também critério para aferição do desequilíbrio, pode-se identificar a desproporção, requisito necessário, mas insuficiente para eventual intervenção judicial.

16. A operacionalização do princípio do equilíbrio funcional dos contratos deve seguir duas fases sequenciais. Inicialmente, deve-se proceder a aferição do desequilíbrio, guiado pelos critérios da função econômico-individual do contrato e correspectividade, da distribuição dos riscos e, da proporcionalidade. Constatado o desequilíbrio, deverá o magistrado proceder a uma avaliação qualitativa, a fim de concluir pela legitimidade ou não de eventual intervenção. Para essa avaliação, elegeu-se os parâmetros da essencialidade do perfil objetivo e subsidiariedade do perfil subjetivo do equilíbrio, da qualificação do desequilíbrio e da ponderação entre segurança jurídica e os princípios da solidariedade social e da igualdade substancial, considerando-se, especialmente, o

problema da incidência do princípio em situações de desequilíbrio tipicamente previstas.

17. Na excepcional hipótese de intervenção judicial no contrato, deverá o juiz privilegiar a revisão, em respeito ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, se atendo exclusivamente ao reequilíbrio do acordo, não podendo estabelecer nova fórmula econômica para o contrato celebrado entre as partes. Por fim, a atuação do magistrado não tem por objetivo determinar a igualdade entre as prestações e demais situações subjetivas decorrentes do contrato, submetendo-o à uma nova fórmula econômica objetivamente justa. A atuação é limitada e legitimada apenas para reduzir a desproporção excessiva, é excepcional e pautada por critérios objetivos, justificados apenas quando houver grave desproporção e para corrigir esta última apenas.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. As obrigações e os contratos. *Revista CEJ*, v. 3, n. 9. Brasília, set/dez. 1999.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. O princípio da igualdade e o direito das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo e 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. 531-563.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, Pedro. *O seguro e o novo Código Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AMARAL, Francisco. A liberdade de iniciativa econômica. Fundamento, natureza e garantia constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 92, p, 221-240, 1986.

AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 63, p.45-56. São Paulo, jan./mar. 1993.

AMARAL, Francisco. A equidade no Código Civil Brasileiro. *Revista CEJ*, n. 25, p. 16-23. Brasília, abr./jun. 2004.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil:* Introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato.* Coimbra: Almedina, 2007.

ARENDT, Hanna. *A condição humana.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco.* Livro V, Cap. I. Disponível em: <http://www.perseus.tufts.edu> Acesso em: 15 fev. 2011.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Abril S.A. Cultural, 1984, 1129b15.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. *Revista CEJ*, n. 25, p. 59-69. Brasília, abr./jun. 2004.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. In: AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado (Org.). *Jornada de Direito Civil* (conferência de encerramento). Brasília: CJF, 2005, p. 31-51.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A nova teoria contratual. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 52, p.97-126. Belo Horizonte, jan/jun. 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: teoria geral: relações e situações jurídicas.* v. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ATIYAH, Patrick Selim. *The rise and fall of freedom of contract.* Oxford: Clarendom Press, 1979.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios (verbete). In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do Direito.* Rio de Janeiro e São Leopoldo: Renovar e Unisinos, 2009, p. 657-661.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis).* In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *Direito e o tempo:* embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 11-35.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

AZEVEDO, Noé. *O dirigismo na vida contratual:* aplicação da cláusula *rebus sic standibus.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1943.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor,* n. 3, set/dez, 1992, p. 78-87.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa fé objetiva nos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 1, jan/mar, 2000, p. 3-12.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico:* existência, validade e eficácia. 4. ed. 7.tir. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC,* ano 2. v. 9. Rio de Janeiro: Padma, jan/mar. 2002, p.3-24.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. In: *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004, p. 137-147.

BANDEIRA, Paulo Greco. *Contratos aleatórios no direito brasileiro.* Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BARBOZA, Heloísa 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. 407-423.

BARCELLOS, Daniela. *Código Civil:* professores entre as faculdades de direito e o governo federal. 2011. 370f. Tese. (Doutorado em Ciência Política). Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2011.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual no código civil e no código de defesa do consumidor.* São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, n. 14. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, maio/jun/jul, 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp> Acesso em: 15/07/2015.

BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo jurídico (verbete). In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito.* Rio de Janeiro e São Leopoldo: Renovar e Unisinos, 2009, p. 642-647.

BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos.* São Paulo: Saraiva, 2000.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. *Entre o Estado Total e o Estado Social.* Atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar. 2011. 157f. Tese (Livre docência). Faculdade de Direito, Universidade do Estado de São Paulo. São Paulo, 2003.

BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

BESSONE, Darcy. *Do contrato:* teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BISCONTINI, Guido. *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti:* il problema dela donazione mista. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política.* 10. ed. v.1. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política.* 10. ed. v.2. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade.* 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Barueri: Manole, 2007.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro. *Revista Forense*, v. 309. Rio de Janeiro, 1990, p. 33-61, p. 41.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana:* uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BODIN de MORAES, Maria Celina. Constituição e direito civil: tendências. In: *Na medida da pessoa humana:* estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 33-54.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O direito civil-constitucional. In: *Na medida da pessoa humana:* estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.21-31.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. In: *Na medida da pessoa humana:* estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 237-265.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: *Na medida da pessoa humana:* estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.183-206.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, ano. 2, n. 4, out-dez./2013, p. 24. Disponível em: www.civilistica.com. Data de acesso: 28/04/2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão do direito civil e no processo civil*. Revista dos Tribunais, 2002.

BORGES, Nelson. Aspectos positivos e negativos da revisão contratual no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 95, n. 849, p. 80-110, jul. 2006.

BRAGATO, Fernanda. Individualismo (verbete). In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro e São Leopoldo: Renovar e Unisinos, 2009, p. 468-471.

BRANCO Luiz Carlos. *Equidade, proporcionalidade e razoabilidade*. São Paulo: RCS Editora, 2006.

BRITO, Rodrigo Toscano de. *Equivalência material dos contratos:* civis, empresariais e de consumo. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUTRUCE, Victor Augusto José. *A exceção de contrato não cumprido no direito civil brasileiro contemporâneo:* funções, pressupostos, e limites de um "direito a não cumprir". 2009. 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. O princípio da vulnerabilidade do consumidor. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.315-356.

CAMILETTI, Francesco. *Profili del problemi dell´equilibrio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A liberdade e a justiça contratual na sociedade de direito privado. In: MONTEIRO, Antônio Pinto (Coord.). *Contratos*: actualidade e evolução. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p.49-66.

CANARIS, Claus-Willhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 4. ed. 1997.

CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão Contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Renovar, 2008.

CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Visão panorâmica do contrato de seguro e suas controvérsias. *Revista do Advogado,* n. 47. São Paulo: AASP, 1996.

CAVALRI FILHO, Sérgio. A trilogia do seguro. *I Forum de Direito do Seguro 'José Sollero Filho* (anais). São Paulo: IBDS, 2001, p.85-98.

CLÉVE, Clémerson Merlin.; FREIRE, Alexandre. (Orgs.). *Novas dimensões da teoria dos direitos fundamentais (aludindo ao princípio da proporcionalidade*): uma abordagem filosófica. v.1. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. A empresarialidade da entidade seguradora. *III Fórum de Direito do seguro "José Sollero Filho"* (Anais) São Paulo: IBDS, 2003.

COMPARATO, Fabio Konder. *O seguro de crédito:* estudo jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

CORDEIRO, Eros Berlin de Moura. *Da revisão dos contratos.* Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COSSIO, Manuel de. *Frustraciones y desequilíbrios contractuales.* Granada: Comares, 1994.

COUTO E SILVA, Clovis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

DALSENTER, Thamis A. Viveiros de Castro. *Autonomia existencial na legalidade constitucional:* critérios para interpretação da cláusula geral de bons costumes no Código Civil brasileiro. 2015. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

D´ANGELO, Andrea; MONATERI, Pier Giuseppe, SOMMA, Alezzandro. *Buona fede e giustizia contrattuale.* TORINO: Giappichelli Editore, 2005.

DELGADO, Mário Luiz. *Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2011.

DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código Civil:* das várias espécies de contrato. Do seguro. Arts. 757-802. v. XI. tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DIAS, Antônio Pedro Medeiros. *Revisão e resolução do contrato por onerosidade excessiva no código civil*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

DIAZ, Júlio Alberto. Teoria da Imprevisão no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Privado*, n. 20, ano 05. São Paulo, out-dez. 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 2. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DURKHEIM, Émile (1858-1917). Da divisão do trabalho social. In: *Os pensadores.* São Paulo: Abril Cultural, 1978.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 6. ed., Cambridge: Harvard University Press, 1997.

DYRLUND, Maria Cecília Baetas. Solidariedade (verbete). In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito.* Rio de Janeiro: Renovar, São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 774-778.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHIN, L. E.; PIANOVSKI, C. E., A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, vol. 35, Rio de Janeiro: PADMA, 2008, p.107-119.

FACHIN, Luis Edson. A construção do direito privado contemporâneo na experiência crítico-doutrinária brasileira a partir do catálogo mínimo para o direito civil-constitucional no Brasil. In.: TEPEDINO, Gustavo (Orgs.). *Direito civil contemporâneo:* novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, p. 12-17.

FACHIN, Luiz Edison. SCHULMAN, Gabriel. Contratos, ordem econômica e princípios: um diálogo entre o direito civil e a Constituição 20 anos depois. In: Bruno Dantas et. al. (Org.). *Constituição de 1988, o Brasil 20 anos depois*, v. 4. Brasília: Senado Federal, 2008, p. 347-377.

FACCHINI Neto, Eugênio. *Code civil* francês: gênese e difusão de um modelo. *Revista de Informação Legislativa*, ano 50, n.198, abr/jun./2013, p.59-88.

FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade.* Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FARIAS, Cristiano Chaves de., ROSENVALD, Nelson. *Direito dos Contratos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FAVA, Marina Dubois. *Aplicação das normas do CDC aos contratos interempresariais:* a disciplina das cláusulas abusivas. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

FERNANDES, Francisco. *Dicionário de sinônimos e antônimos da língua portuguesa.* 29. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1989, p. 389.; MORAIS, Orlando Mendes, PENA, Leonan de Azeredo. *Dicionário de sinônimos e antônimos.* 7. ed. Rio de Janeiro: Spiker [1982?].

FERRAZ, José Eduardo C. B. Junqueira. Os juros e o novo Código Civil: uma abordagem doutrinária e jurisprudencial. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações:* estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 489-511.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Lei de defesa da concorrência – origem histórica e base constitucional. *Revista dos Mestrandos em Direito da UFBA*, n. 2. Salvador, julho/91-junho/92, p. 65-74.

FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. Abuso de Poder Econômico por prática de licitude duvidosa amparada judicialmente. *Revista de Direito Público da Economia,* ano 1, nº 1, jan.-mar./2003, p. 215-225.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Aristóteles (verbete). In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito.* Rio de Janeiro e São Leopoldo: Renovar e Unisinos, 2009, p 68-72.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio*: o dicionário da língua portuguesa. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FIN-LANGER, Laurence. *L´équilibre contractuel.* t.366. Paris: LGDJ, 2002.

FIUZA, César; ALMEIDA, Renata Barbosa de; LEITE RIBEIRO, Gustavo Pereira. Uma nova contratualidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n.53. Belo Horizonte, jul/dez. 2008, p.11-44.

FIUZA, Ricardo. Aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* aos contratos aleatórios. *Revista de Informação Legislativa,* ano 36 n. 144. Brasília, out/dez. 1999.

FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

FORTICH, Silvana. *Solus consensus obligat*: principio general para el derecho privado de los contratos. *Revista de Derecho Privado*, n. 23. Bogotá, 2012, p. 191-207. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.>. Acesso em 10 mar. 2015.

FRANCO, Vera Helena de Mello. Breves reflexões sobre o contrato de seguro no Novo Código Civil Brasileiro. *II Fórum de Direito do seguro "José Sollero Filho*" (*Anais*). São Paulo: IBDS, 2002.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria Geral do Contrato*: confronto com o direito europeu futuro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988

GAGLIARDI, Rafael. *Exceção de contrato não cumprido.* São Paulo: Saraiva, 2010. Coleção Professor Agostinho Alvim. LOTUFO, Renan (coord.).

GALGANO, Francesco. *Il contrato.* Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2011.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação* Legislativa, v. 36. n.143. Brasília, 1999, p. 191-209.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito pós-moderno e contratos de shopping center. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção., GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Temas de direito civil-empresarial.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 57-104.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito Contratual contemporâneo: a função social do contrato. In: TEPEDINO, Gustavo e 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. 369-394.

GARBI, Carlos Alberto. *A intervenção judicial no contrato em face do princípio da integridade da prestação e da cláusula geral da boa-fé*: uma nova visão do adimplemento contratual. Escola Paulista da Magistratura: São Paulo, 2014.

GILMORE, Grant. *The death of contract.* Columbus: The Ohio State University Press, 1992.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Função social dos contratos:* novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando, VARELA, Antunes. *Direito econômico.* São Paulo: Saraiva, 1977.

GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações.* 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GOMES, Orlando. *Contratos.* 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro.* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato.* Rio de Janeiro: Renovar, 2. ed. 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro:* contratos e atos unilaterais. v.3. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro:* obrigações. v. 2. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? *Revista Crítica Jurídica*, n.18, jun/2001.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988.* 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

GUESTIN, Jacques. Le juste et l´utile dans les effets du contrat. In: MONTEIRO, Antônio Pinto (Coord.). *Contratos*: actualidade e evolução. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p.123-165.

HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos:* o breve século XX. 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos:* grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e coligação contratual. *Revista Forense*, v. 406, p. 55-86, 2010.

KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul./dez./2012. Disponível em: www.civilistica.com. Acesso em: 22/08/2015.

LARAIA, Ricardo Regis. *A dupla face do princípio da legalidade*. 2008. 175f. Tese (Doutorado em Direito Civil). Faculdade de Direito Pontifica Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

LARENZ, Karl. Base del negocio jridico y cumplimento de los contratos. *Revista de Derecho Privado*. Madri, 1956.

LARENZ, Karl. *Derecho justo:* fundamentos de ética jurídica. Madri: Civitas, 2001.

LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 55-75

LGOW, Carla Wainer Chalréo. *Direito de preferência.* São Paulo: Atlas, 2013.

LIRA, Ricardo Pereira. A onerosidade excessiva nos contratos. *Revista de Direito Administrativo*, n.159. Rio de Janeiro: jan/mar. 1985.

LIRA, José Ricardo Pereira. A onerosidade excessiva no Código Civil e a impossibilidade de modificação judicial dos contratos comutativos sem anuência do credor. 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. 425-456.

LOBO, Paulo Luiz Neto. *O contrato:* exigências e concepções atuais. São Paulo: Saraiva, 1986.

LOBO, Paulo Luiz Neto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. *Jus Navigandi*, ano 7, n. 55. Teresina, 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/2796>. Acesso em: 31 ago. 2014.

LOBO, Paulo Luiz Neto. *Direito civil:* parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOBO, Paulo Luiz Neto. *Direito civil:* obrigações. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOBO, Paulo Luiz Neto. Contratante vulnerável e autonomia privada. *Jus Navigandi*, ano 18, n. 3749. Teresina, 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25358>. Acesso em: 1 set. 2014.

LYNCH, Maria Antonieta. Da cláusula *rebus sic standibus* à onerosidade excessiva. *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 184, out./dez. 2009, p. 7-19.

MARINHO, Josephat. Constituição Econômica. *Revista de Direito Administrativo*, n. 156. Rio de Janeiro, abr./jun. 1984, p. 1-14.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES**,** Claudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo do direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: _____. (Coord). *A Nova Crise do Contrato:* Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 17-86.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Estado de perigo no Código Civil.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Coleção Professor Agostinho Alvim. LOTUFO, Renan (coord.).

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Coleção Professor Agostinho Alvim. LOTUFO, Renan (coord.).

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado.* São Paulo: Revista dos tribunais, 2000. p. 611-661.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Jus Navigandi*, ano 5, n. 41. Teresina, 2000. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/513>. Acesso em: 13 fev. 2012. Publicado em 05/2000.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé e o seguro no novo código civil brasileiro (virtualidades da boa-fé como regra e como cláusula geral. *III Fórum de Direito do Seguro "Jose Sollero Filho"* (anais). São Paulo: IBDS, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. Como harmonizar os modelos jurídicos abertos com a segurança jurídica dos contratos? (notas para uma palestra). *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v.5, julh-set.2015, p. 2-12.

MAZEAUD, Denis; JAMIN, Cristophe. *La nouvelle crise du contrat.* Paris: Dalloz, 2003.
McElroy, R. G. and Williams, G., The Coronation Cases—I. *The Modern Law Review*, 4, p. 241–260, 1940.

McElroy, R. G. and Williams, G.. The Coronation Cases—II. *The Modern Law Review*, 5, p. 1–20, 1941.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico:* plano da validade. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Alexandre Fabiano. Liberdade (verbete). In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito.* Rio de Janeiro: Renovar, São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 534-538.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Da alteração das circunstâncias*. Lisboa, 1987.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil.* Coimbra: Almedina, 2013.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito:* ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRANDA, Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 42, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo:* novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, p. 262-281.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Art.944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: TEPEDINO, Gustavo e 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.757-796.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. Usucapião imobiliária urbana independente de metragem mínima: uma concretização da função social da propriedade. In: _____ (Coord.). *Direito das relações patrimoniais:* estrutura e função na contemporaneidade. Lisboa: Juruá, 2015, p.13-34.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano.* 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (e-book).

MOREIRA, Vital. Economia e Constituição: para o conceito de Constituição Económica. *Boletim de Ciências Econômicas,* vol. XIX. Faculdade de Direito de Coimbra, 1976, p.1-47.

MOUNIER, Emmanuel. *O Personalismo*. Rio de Janeiro: Texto e Grafia, 2010.

MULHOLLAND, Caitlin. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.255-280, p. 258-259.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito.* 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil:* obrigações. v. 2. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*: contratos. v. 3. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NALIN, Paulo. *Do contrato. Conceito pós-moderno:* em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

NEGREIROS, Tereza. *Teoria do contrato:* novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.221-254.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. Renegociação contratual. *Revista dos Tribunais*, v. 906, 2011, p. 113-155, p. 118.

NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil*: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 259-304.

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

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações.* 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio separado:* herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundos de investimento imobiliário, trust. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

OLIVEIRA, Francisco Eduardo B.; Beltrão, Kaizô Iwakami; SUGAHARA, Sonoê; PEYNEAU, Fernanda Paes Leme. O idoso e a previdência social. In: CAMARANO, Ana Amélia (Org.). *Os novos idosos brasileiros:* muito além dos 60?. Rio de Janeiro: IPEA, 2004, p.411-426.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos.* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: contratos. v.3. 17. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil:* introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil. v.1. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: obrigações. v. 2. 25. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PERLINGIERI, Pietro. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale.* 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC,* v. 12, Rio de Janeiro: PADMA, 2002, p.131-168.
PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato:* problemi del diritto civile. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil:* introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 7 ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.

PIZA, Paulo Luiz de Toledo. *O contrato de resseguro*. São Paulo: IBDS-EMTS, 2002.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das Obrigações.* Campinas: Servanda, 2001.

POTTER, Nelly. *Revisão e resolução dos contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito.* vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 518-519.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito.* 27. ed. (2002). 10. tir. São Paulo: Saraiva, 2011.

REALE, Miguel. *Visão geral do projeto de Código Civil*. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>, acesso em: 15/01/2012.

REALE, Miguel. *Variações sobre o capitalismo.* Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/> acesso em: 27/07/2015.

RINALDI, Carlo. *La proporzione tra le prestazioni contrattuali.* 2004-2005. Tese (Dottorato di ricerca in Diritto Comune Patrimoniale. XVIII Ciclo) – Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Frederico II, Nápoles.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis.* São Paulo: Saraiva, 1937.

RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Função social nos contratos de seguro: a nova ordem contratual e sua implicação para os contratos de seguro à luz do CDC e do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil* – RTDC, v. 41, Rio de Janeiro: Padma, jan-mar./2010, p.45-70.

RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Notas sobre o contrato de seguro no Código Civil de 2002. In: Marcos Ehrhardt Junior. (Org.). *Os 10 anos do Código Civil:* evolução e perspectivas. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 23-53.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ROCHA, José Dionízio. Das arras ou sinal. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil:* estudos na perspectiva civil-constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 539-562.

RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno. *Resolución y sinalagma contractual.* Madrid: Marcial Pons, 2013.

ROPPO, Enzo. *O contrato.* Coimbra: Almedina, 2009.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin**.** A lesão nos contratos e a nova codificação civil brasileira: uma análise crítica a partir do princípio da justiça contratual. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 15. Rio de Janeiro: PADMA, jul./set.2003.

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 editora, 2011.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial:* as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003.

SARLET, Ingo. Dignidade da pessoa humana (verbete). In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito.* Rio de Janeiro e São Leopoldo: Renovar e Unisinos, 2009, p. 212-225.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório:* tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 32. Rio de Janeiro: Padma, out/dez. 2007, p. 3-27.

SCHREIBER, Anderson. O Princípio do Equilíbrio das Prestações e o Instituto da Lesão. In: Sílvio de Salvo Venosa, Rafael Villar Gagliardi e Paulo Magalhães Nasser. (Orgs.). *10 Anos do Código Civil Desafios e Perspectivas.* 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 138-160.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Exceções substanciais:* exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

SHIEBER, Benjamin. *Abusos do poder econômico*: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial dos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.135-162.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo. Dignidade da pessoa humana (verbete). In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito.* Rio de Janeiro e São Leopoldo: Renovar e Unisinos, 2009, p. 212-225.

SILVA, Luís Renato Ferreira. *Revisão dos contratos:* do código civil ao código de defesa do consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Reciprocidade e contrato:* a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações contratuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, v. 54. São Paulo, 2013, p. 65-98.

TABET, Gabriela. Obrigações pecuniárias e revisão obrigacional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações:* estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 333-367.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado., KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo., FACHIN. Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre o direito civil.* v. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 3-24.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano 4, n. 4. Campos: 2003.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*, tomo. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.1-24.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In*:* SOUZA NETO, Cláudio Pereira, SARMENTO, Daniel. (Coords.). *A constitucionalização do direito:* fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 309-320.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo e 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. 395-406.

TEPEDINO, Gustavo. O ocaso da subsunção. In: *Revista Trimestral de Direito Civil* – RTDC, v.34. Rio de Janeiro: Padma, abril-junho, 2008, Editorial.

TEPEDINO, Gustavo. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. In: _____. (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional:* anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, p. 356-371.

TEPEDINO, Gustavo. Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de Direito Civil.* 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 25-62.

TEPEDINO, Gustavo. Direitos humanos e relações jurídicas privadas. In: *Temas de Direito Civil.* 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 63-84.

TEPEDINO, Gustavo. Efeitos da crise econômica na execução dos contratos. In: *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.85-131, p.109.

TEPEDINO, Gustavo. Anotações à Lei do Inquilinato (arts. 1º ao 26). In: *Temas de direito civil.* 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.161-199.

TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 229-250.

TEPEDINO, Gustavo. Pessoa humana, direito civil e função social. Separata de Liber Amicorum: homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 371-372.

TEPEDINO, Gustavo. O papel da hermenêutica contratual na manutenção do equilíbrio econômico dos contratos. In: Soluções Práticas de Direito – Pareceres, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.451-472.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República:* teoria geral dos contratos, contratos em espécie, atos unilaterais títulos de crédito, responsabilidade civil e privilégios creditórios (arts.421 a 965). vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República:* parte geral e obrigações (arts. 1º ao 420). v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações*: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.29-44.

TEPEDINO, Gustavo, SCHREIBER, Anderson. AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código civil comentado:* direito das obrigações (arts. 233 a 420). v. 4. São Paulo: Atlas, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Negócio Jurídico. Existência. Validade. Eficácia. Vícios. Fraude. Lesão. *Revista dos Tribunais,* v. 780, ano 89. São Paulo, out/2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004,
TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro*: de acordo com o novo Código Civil Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2003.

VARIAN, Hal R. *Microeconomia:* princípios básicos. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1994.
VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil:* teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. v. 2. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno.* 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil.* 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do equilíbrio contratual*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZOLO, Danilo. Personalismo (verbete). In.: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 10. ed. v. 2. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 925-937.