

Daniela Soares Domingues

**Limites do negócio jurídico da tutela *ex lege* do equilíbrio
contratual**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Mestrado Profissional em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio.

Orientadora: Professora Doutora Aline de Miranda Valverde Terra

Rio de Janeiro
outubro de 2022

Daniela Soares Domingues

**Limites do negócio jurídico da tutela *ex lege* do equilíbrio
contratual**

Dissertação apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de Mestre pelo Programa de
Mestrado Profissional em Direito Civil
Contemporâneo e Prática Jurídica da Pontifícia
Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio.

Prof. Aline de Miranda Valverde Terra
Orientadora
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Caitlin Sampaio Mulholland
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Leonardo Faria Schenk
Faculdade de Direito da UERJ

Rio de Janeiro, 4 de outubro de 2022

Todos os direitos reservados. A reprodução, total ou parcial, do trabalho é proibida sem autorização da universidade, da autora e do orientador.

Daniela Soares Domingues

Graduou-se em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio, em 2000. Coursou Extensão em Mediação e Arbitragem (FGV-Rio, 2011), Especialização em *Foundations of Conflict and Dispute Resolution* (School of Continuing & Professional Studies, New York University, 2007), Extensão em Transformações do Direito das Obrigações no Novo Código Civil (UERJ, 2004). É Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBar; Árbitra do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CBMA; Membro do Comitê de Arbitragem da OAB/RJ. É advogada, sócia de Siqueira Castro Advogados, desde 2004, com atuação focada em Contencioso Estratégico e Arbitragem.

Ficha Catalográfica

Domingues, Daniela Soares

Limites do negócio jurídico da tutela *ex lege* do equilíbrio contratual / Daniela Soares Domingues; orientadora: Aline de Miranda Valverde Terra. – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2022.

123 f. ; 29,7 cm

1. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas.

1. Direito – Teses. 2. xxxxxxxxxxxx. 3. xxxxxxxxxxxxxxxx. 4. xxxxxxxxxxxxxxxx. 5. xxxxxxxxxxxxxxxx. I. Terra, Aline de M. V. (Aline de Miranda Valverde). II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

Aos meus pais, Ivo e Marcia;
ao meu irmão, Diego;
à minha cunhada, Fernanda;
ao meu sobrinho, Eric, responsável por ter me tornado “dinda” e “titia”,
pelo amor incondicional que nos une e por estarem sempre presentes nos
momentos mais importantes da minha vida.

Agradecimentos

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

À Professora Aline de Miranda Valverde Terra, notável jurista, que desde o primeiro dia de aula me inspirou com seu amplo conhecimento do Direito Civil e sua notória capacidade intelectual. Tive a honra e o privilégio de ser sua orientanda no presente mestrado e sou grata ainda por seus valiosos ensinamentos na elaboração deste trabalho, assim como no Estágio Docente, em que tive a oportunidade de aplicar o conhecimento absorvido, sob sua supervisão, lecionando algumas aulas de Teoria Contratual Contemporânea.

À Professora Maria Celina Bodin de Moraes, a qual foi responsável por grande parte de minha inspiração e, também, de muitas reflexões, após ricas, inteligentes e divertidas discussões travadas durante as aulas de Direito Civil Constitucional. Minha admiração por sua inesgotável fonte de conhecimento jurídico.

À Professora Caitlin Sampaio Mulholland, que me ajudou a construir a estrutura desta pesquisa, oferecendo sentido e coerência às minhas ideias e sempre trazendo palavras de apoio e incentivo.

Agradeço, ainda, ao Professor Ronaldo Cramer, pois foi em uma de suas aulas de Efetividade do Processo Civil nas Relações Privadas que surgiu a ideia do tema deste trabalho, que permeia o Direito Civil e o Direito Processual Civil.

Agradeço, por fim, às Professoras e aos Professores, dos quais tive imensa satisfação de ser aluna nesse período tão feliz da minha vida: Ana Luiza Maia Nevares, Carlos Nelson Konder, Marcelo Calixto, Roberta Mauro e Thamís Dalsenter Viveiros de Castro. Foram, sem dúvida, os melhores professores na

primeira turma do Programa de Mestrado Profissional em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica da PUC-Rio, no auge da pandemia de Coronavírus (Covid-19), em que se vivia em meio a desafios pessoais, profissionais e acadêmicos. Contudo, o período se mostrou muito rico para o estudo do Direito Civil e sua aplicação prática, principalmente nos contratos, o que me influenciou na escolha do tema da presente dissertação.

Aos queridos colegas da primeira turma do Mestrado Profissional em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica da PUC-Rio, iniciado no ano de 2020, Ana Luiza Fernandes, Bruna Kamarov, Carolina de Marsillac, Cristiano Schiller, Daniel Viégas, Diego Monteiro Baptista, Isabel Dunshee, Felipe Kadlec, Guilherme Macedo, Leonardo Ribeiro da Luz, Manoela Medeiros Sales, Maria Eduarda Echeverria Magacho, Maria Gentil, Paulo Mostardeiro, Pedro Alberto Schiller de Faria, Pedro de Abreu Campos, Pedro Ramallete e Pedro Sack, tenho muito a agradecer a todos pelos ricos debates, pelas histórias pessoais e profissionais compartilhadas por cada um, pela união do grupo, pelas palavras de incentivo nas intermináveis horas de estudos e, ainda, pelo aprendizado compartilhado nas aulas ministradas. Todos tiveram enorme importância nesse período.

Agradeço, nas pessoas dos Doutores Carlos Roberto Siqueira Castro e Carlos Fernando Siqueira Castro, a todos os integrantes de Siqueira Castro Advogados, pela experiência profissional, pelo convívio fraterno, pelas amizades e pela imensa satisfação de fazer parte, há 18 anos, desse escritório, que traduz tão bem o ideal de uma advocacia de excelência.

Agradeço, por fim, ao que tenho de mais precioso na vida: minha família, meus amigos (estes últimos representados na pessoa da querida amiga Juliana Nascif) e meu namorado, Leonardo Barboza, que estiveram comigo ao longo da presente jornada e compreenderam minha ausência em inúmeros momentos. Obrigada por me escutarem, pelos importantes conselhos e por não terem desistido da minha presença, ainda que distante.

Resumo

Domingues, Daniela Soares; Terra, Aline de Miranda Valverde. **Limites do negócio jurídico da tutela *ex lege* do equilíbrio contratual**. Rio de Janeiro, 2022. 123 p. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica) – Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

As recentes crises econômicas pelas quais o Brasil passou nos últimos dois anos – como a pandemia de Covid-19 e a guerra entre Rússia e Ucrânia – geraram inúmeras perturbações no cumprimento dos contratos e, por conseguinte, o desequilíbrio de suas prestações. A implementação do contrato de execução continuada ou diferida e seus reflexos no tempo geram, por si sós, uma gama de riscos que precisam ser geridos de modo eficaz. O presente estudo tem como objetivo analisar os limites do negócio jurídico da tutela *ex lege* do equilíbrio contratual prevista nos artigos 317 e 478 a 480 do Código Civil brasileiro, amplamente negociada por partes paritárias, em que estas estabeleçam seus próprios critérios para a configuração da excessiva onerosidade, modificando, restringindo ou excluindo a tutela *ex lege* do equilíbrio contratual, bem como afastando, definitivamente ou provisoriamente, as ações revisional e/ou resolutive previstas nos citados dispositivos legais. Essa análise se mostra relevante, uma vez que a legislação civil pátria não declarou, nem forneceu qualquer indicativo sobre a natureza das referidas normas.

Palavras-chave

Negócio jurídico; Onerosidade excessiva; Equilíbrio contratual; Ação Revisional; Ação Resolutiva.

Abstract

Domingues, Daniela Soares; Terra, Aline de Miranda Valverde. **Limits of the juristic act of the *ex lege* protection of the contractual balance.** Rio de Janeiro, 2022. 123 p. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica) – Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The recent economic crises that Brazil has experienced in the last two years – such as the Covid-19 pandemic and the war between Russia and Ukraine – have generated numerous disruptions in the fulfillment of contracts, and, consequently, the imbalance of its benefits. The implementation of the continuous or deferred execution's contract and its effects in time generate, by itself, a range of risks that need to be managed effectively. The present study aims to analyze the limits of the juristic act of the *ex lege* protection of the contractual balance provided for in articles 317 and 478 to 480 of the Brazilian Civil Code, widely negotiated between parity parties and, in which contractors establishes its own criteria for the configuration of excessive burden, modifying, restricting or excluding the *ex lege* protection of the contractual balance, and removing, definitively or provisionally, the revisional and/or the resolutive actions provided in the aforementioned provisions. Such analysis is relevant, since the national civil legislation did not state, nor provided any indication as to the nature of those rules.

Keywords

Juristic act; Excessive burden; Contractual balance; Revisional Action; Resolutive Action.

Sumário

1 Introdução	11
2 Contrato como mecanismo de gestão de riscos e as soluções de recomposição do equilíbrio contratual	16
2.1 Contemporâneas funções do contrato	17
2.2 Princípio do equilíbrio contratual	20
2.3 A tutela <i>ex lege</i> do equilíbrio contratual prevista nos artigos 317 e 478 a 480 do Código Civil	25
2.4 Cláusulas de gestão dos riscos contratuais	44
3 Limites do negócio jurídico da tutela <i>ex lege</i> do equilíbrio contratual	50
3.1 Análise doutrinária	50
3.2 Limites à luz da ordem pública	57
3.3 Limites à luz do princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal	65
4 Negócio jurídico material ou negócio jurídico processual?	79
4.1 Requisitos de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos	81
4.2 Possível enquadramento como <i>pactum de non petendo</i>	95
5 Conclusão	99
6 Referências bibliográficas	105

Le contrat organise sa propre révision.
(O contrato organiza sua própria revisão.)

Georges Rouhette

1

Introdução

A pandemia causada pelo Coronavírus provocou a maior crise econômica desde a Grande Depressão, o que abalou as relações pessoais e comerciais da noite para o dia, em virtude da implementação de diversas medidas para seu enfrentamento, que culminaram em uma série de restrições, com limitação dos meios de transporte, fechamento do comércio e isolamento social forçado.¹

Em determinado momento, o pleno acesso aos tribunais restou obstado, fazendo com que, em muitas situações, as partes contratantes buscassem a renegociação de seus ajustes de forma extrajudicial, uma vez que, diante do cenário de incertezas, o Poder Judiciário poderia não socorrer os contratantes com a melhor solução para as perturbações ocorridas nos contratos.²

¹ Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde – OMS decretou que a doença causada pelo Sars-CoV-2 havia alcançado o status de pandemia de Covid-19. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-03/organizacao-mundial-da-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>>. Acesso em: 27 maio 2022.

A recessão causada pela Covid-19 se configura numa grave crise econômica global, principalmente aos Estados Unidos. Trata-se da pior crise econômica global desde a Grande Depressão, na década de 1930. A crise começou devido a várias restrições governamentais criadas para conter a pandemia de Covid-19, ainda em curso. O primeiro grande sinal de recessão foi o colapso dos mercados durante a queda do mercado de ações de 2020, que começou no final de fevereiro e durou até março. Mas a queda foi rápida e muitos índices do mercado em todo o mundo se recuperaram. Em setembro de 2020, todas as economias avançadas haviam caído para recessão ou depressão, enquanto todas as economias emergentes estavam em recessão. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Recess%C3%A3o_causada_pela_pandemia_de_COVID-19>. Acesso em: 26 maio 2022

“A Grande Depressão, também conhecida como Crise de 1929, foi a maior crise financeira da história dos Estados Unidos, que teve início em 1929 e persistiu ao longo da década de 1930, terminando apenas com a Segunda Guerra Mundial. A Grande Depressão é considerada o pior e o mais longo período de recessão econômica do sistema capitalista do século XX. Este período de depressão econômica provocou altas taxas de desemprego, quedas drásticas do produto interno bruto de diversos países, bem como quedas drásticas na produção industrial, preços de ações e em praticamente todo o medidor de atividade econômica, em diversos países no mundo.” Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Grande_Depress%C3%A3o>. Acesso em: 26 maio 2022

² Os tribunais de todo o país passaram a funcionar em regime de plantão, atendendo a uma gama limitada de urgências (matérias de plantão), com o quadro de serventuários e magistrados reduzido e apenas acesso remoto durante alguns meses dos anos de 2020 e 2021.

A invasão da Rússia à Ucrânia, em fevereiro de 2022,³ também afetou milhares de contratos, cujos impactos produzem consequências dramáticas nas condições globais socioeconômicas, já abaladas pela pandemia causada pela Covid-19.

A execução do contrato de trato sucessivo já suscita, por si só, uma gama de riscos que precisam ser geridos de modo eficaz para, conforme pretensão das partes, assegurar o cumprimento do contrato. As recentes crises econômicas provocaram perturbações e profundos reflexos no cumprimento dos contratos, aflorando ainda mais a percepção geral de que está cada vez mais presente na prática negocial a necessidade de os contratantes se valerem de mecanismos de gestão interna dos riscos contratuais, de modo a garantir que a responsabilidade pelo equilíbrio do contrato fique, de fato, nas mãos dos maiores interessados.

De acordo com Schreiber (2020, p.400-401), os atuais remédios legais de revisão e resolução, para o restabelecimento do reequilíbrio contratual, no caso de onerosidade excessiva, previstos no Código Civil (arts. 317 e 478 a 480)⁴ permitem que, uma vez submetida a controvérsia ao Poder Judiciário ou mesmo a um Tribunal Arbitral, o julgador modifique qualquer aspecto da relação contratual que entenda necessário para a obtenção do reequilíbrio pretendido. No entanto, é preciso considerar que as soluções judicial e arbitral, por demandarem intervenção de terceiros, podem, além de gerar custos adicionais às partes, suscitar insegurança jurídica.

Além disso, alguns dos requisitos para a configuração do desequilíbrio contratual por excessiva onerosidade são, em certa medida, subjetivos, tendo em

³ “Em 24 de fevereiro de 2022, a Rússia lançou uma invasão militar em larga escala contra a Ucrânia, um de seus países vizinhos a sudoeste, marcando uma escalada acentuada para um conflito que começou em 2014. Vários analistas chamaram a invasão de a maior invasão militar na Europa desde a Segunda Guerra Mundial.” Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Invas%C3%A3o_da_Ucr%C3%A2nia_pela_R%C3%BAssia_em_2022>. Acesso em: 26 maio 2022.

⁴ Código Civil – Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

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

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

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

vista não existir na doutrina e na jurisprudência uma definição pacificada deles, o que enseja, para a verificação da sua configuração, a necessidade de análise do caso concreto, além da preparação de um acervo probatório que respalde tal configuração, acarretando, em muitos desses casos, a realização de perícias complexas e custosas, o que acaba por retardar as decisões finais.

Seriam então as respostas legais previstas no ordenamento civil brasileiro, de fato, as mais adequadas para decidir casos de perturbações contratuais gerados por graves crises econômicas, como a causada pela pandemia de Covid-19 e a da guerra na Ucrânia, e, ainda, para quaisquer desequilíbrios contratuais causados por excessiva onerosidade?

Certo é que, a despeito das soluções previstas no Código Civil para o reequilíbrio contratual no caso de excessiva onerosidade, avultam soluções fundadas na autonomia privada das partes, no caso dos chamados contratos “paritários” e “negociados” – ou seja, no caso de contratos em que as partes se apresentam em condições de igualdade e nos quais as negociações prévias tenham ocorrido com liberdade e no pleno exercício da mais ampla autonomia privada (Tartuce, 2020, v. 3, p.38) -, como as cláusulas contratuais de renegociação, revisão e resolução, que se revelam mecanismos mais eficazes de manutenção do equilíbrio contratual e até mesmo do encerramento consensual e menos oneroso do contrato.

Também não há dúvida de que a gestão interna do risco contratual pelos próprios contratantes evita o deslocamento da perspectiva remedial do campo extrajudicial para o campo judicial/arbitral e, conseqüentemente, a transferência da responsabilidade dos contratantes para um terceiro.

A prática contratual tem ressaltado a importância da existência de cláusulas contratuais que submetam eventuais controvérsias a um mecanismo de renegociação e/ou revisão – prévias ao litígio ou mesmo exauriente – para o fim de perseguir o reequilíbrio das prestações e a manutenção da relação obrigacional, de forma a prestigiar o princípio da conservação dos contratos. Esse tem se mostrado, sem dúvida, o remédio mais eficaz entre os disponíveis para o problema do desequilíbrio contratual. Não sendo possível a renegociação e a revisão consensual, as partes teriam ainda a possibilidade de utilização de um dos métodos extrajudiciais de resolução de conflitos, como a conciliação e a mediação, antes de se valerem da jurisdição arbitral ou do Poder Judiciário (Frazão, 2020, p.3).

A Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019), ao incluir no Código Civil o parágrafo único do art. 421⁵ e o inc. III do art. 421-A⁶, prestigiou o chamado “princípio da intervenção mínima nos contratos” e a excepcionalidade da revisão contratual, ressaltando que essa também deve ocorrer de forma limitada. Consagrou-se, assim, a ideia de que, não obstante a existência no ordenamento jurídico brasileiro de normas que garantam aos contratantes a possibilidade de revisarem ou resolverem seus contratos judicialmente ou via arbitragem, estas devem ser utilizadas como exceção, em respeito ao *pacta sunt servanda*, mas sempre observados os preceitos de boa-fé, isonomia, equilíbrio entre as prestações e função social do contrato.

Além disso, a referida lei estabeleceu em seu art. 2º, inc. III,⁷ como seus princípios norteadores, “a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas” e, por fim, sedimentou e fortaleceu, ao inserir no Código Civil os incs. I e II do art. 421-A,⁸ a liberdade de as partes definirem os parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e seus pressupostos de revisão e/ou de resolução, bem como a importância do respeito pelas partes contratantes e pelo Poder Judiciário da chamada “cláusula de alocação de riscos”.

Em contrapartida, o disposto no art. 3º, incs. V e VIII⁹ da mencionada Lei nº 13.874/2019 remonta à necessidade de limitação dos atos de autonomia privada

⁵ Código Civil – Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. (Redação dada pela Lei nº 13.874/2019)

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. (Incluído pela Lei nº 13.874/2019)

⁶ Código Civil – Art. 421-A. (...)

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada. (Incluído pela Lei nº 13.874/2019)

⁷ Lei nº 13.874/2019 - Art. 2º. São princípios que norteiam o disposto nesta Lei: (...)

III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas;

⁸ Código Civil - Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: (Incluído pela Lei nº 13.874/2019)

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; (Incluído pela Lei nº 13.874/2019)

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e (Incluído pela Lei nº 13.874/2019)

⁹ Lei nº 13.874/2019 – Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: [...] V - gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil,

diante da ordem pública ou à previsão expressa e contrária em lei. No mesmo sentido é o disposto no parágrafo único do art. 2.035¹⁰ do Código Civil.

O presente estudo não tem a pretensão de invocar solução definitiva às questões que se apresentam, mas busca contribuir com alternativas às opções legislativas previstas nos arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil, para o problema da excessiva onerosidade.

Assim, o objeto do presente trabalho é a análise dos limites de uma convenção de gestão de risco – negócio jurídico –, amplamente negociada e incluída em um contrato paritário, em que as partes (i) estabeleçam critérios próprios para a configuração da excessiva onerosidade, modificando, restringindo ou excluindo completamente a tutela *ex lege* do equilíbrio contratual prevista nos arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil; e (ii) afastem, de forma definitiva ou provisória, as ações de revisão e/ou resolução contratual previstas nos citados dispositivos legais, diante do imperioso respeito à ordem pública e ao princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal.

Tal análise se apresenta relevante, uma vez o Código Civil não declarou e nem forneceu qualquer indicativo sobre a natureza cogente ou dispositiva das normas que tutelam o equilíbrio no curso da relação contratual e tampouco se elas seriam normas de ordem pública, abrindo espaço para importantes reflexões sobre a possibilidade de modificação, restrição ou exclusão da tutela *ex lege* do equilíbrio contratual e do futuro direito de pleitear a resolução ou a revisão do contrato desequilibrado com base nos arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil, por livre e consensual disposição das partes.

Além disso, faz-se necessária também uma análise de tal convenção com vistas ao seu enquadramento como negócio jurídico material, negócio jurídico processual ou ambos, com relação aos seus pressupostos de existência, validade e eficácia, bem como se poderia se equiparar ao *pactum de non petendo*.

empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada, exceto se houver expressa disposição legal em contrário; [...] VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública; [...].

¹⁰ Código Civil – Art. 2.035. [...] Parágrafo único. 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.

Muitas reflexões pairam sobre esse tema, que é de grande relevância para o aperfeiçoamento dos contratos e serventia, no campo prático, para os operadores do direito.

A despeito da ligação da teoria da excessiva onerosidade com os remédios da revisão e da resolução previstos no Código Civil, optou-se por tratar dessa tutela legal apenas e tão-somente no limite necessário ao desenvolvimento do tema objeto desse estudo. O mesmo ocorre com a classificação das cláusulas de gestão de risco e suas diversas tipologias.

O recorte do presente estudo foi feito em razão da sua singularidade, bem como pela ausência, na literatura jurídica nacional, de trabalhos monográficos específicos sobre o negócio jurídico objeto deste trabalho, bem como da limitada doutrina e escassa jurisprudência. Vale ressaltar, por fim, que o presente trabalho está circunscrito ao regime do Código Civil e, mais especificamente, aos contratos paritários e negociados.

2

Contrato como mecanismo de gestão de riscos e as soluções de recomposição do equilíbrio contratual

2.1

Contemporâneas funções do contrato

O contrato é um dos institutos jurídicos mais fundamentais da sociedade, pois permite e regula a circulação de riquezas, criando obrigações entre as partes e proporcionando mais garantias e segurança às relações do mundo civilizado (Roppo, 1947, p.10-15). Por isso, deve caminhar *pari passu* com o desenvolvimento da humanidade, atendendo suas necessidades e sofrendo alterações e reflexos por conta das mudanças sociais ocorridas na história. Nesse sentido, Pietro Perlingieri (2019, p.1) analisa que “não existem instrumentos válidos em todos os tempos e em todos os lugares: os instrumentos devem ser construídos pelo jurista levando-se em conta a realidade que ele deve estudar”.

Caio Mário da Silva Pereira (2020, v.3, p.7), discorrendo sobre o conceito de contrato, ressalta que “o contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos” e que “seu fundamento ético é a vontade humana, desde que atue na conformidade da ordem jurídica. Seu habitat é a ordem legal. Seu efeito, a criação de direitos e de obrigações”.

Para Orlando Gomes (1986, p.11), contrato é “negócio jurídico bilateral ou plurilateral que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação de interesses que regularam”, ou seja, o negócio “cujo efeito jurídico pretendido pelas partes seja a criação de vínculo obrigacional de conteúdo patrimonial”. Nessa perspectiva, o contrato é considerado uma espécie do gênero negócio jurídico, bilateral ou plurilateral em sua formação, e patrimonial em seu objeto, destinado a autorregulamentação de interesses.

Contudo, o instituto do contrato não deve ser considerado apenas pelo prisma jurídico, como se fosse uma realidade autônoma, como adverte Enzo Roppo (1947, p.7):

[...] os conceitos jurídicos – e entre estes, em primeiro lugar, o de contrato – reflectem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental.

De fato, a vida econômica se realiza por meio da imensa rede de contratos de que a ordem jurídica dispõe para formalizar e dar segurança às relações entre as

partes, de modo que todo contrato tem uma função econômica. Como ensina Enzo Roppo (1947, p.11), “o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas”. Nesse sentido, importante também que os contratos sejam considerados no ambiente que os circunda, não sendo possível separar o negócio jurídico da realidade em que está inserto – chamada pelos economistas de “ambiente institucional” – sob pena de se tornar disfuncional (Forgioni, 2011, p.74).

Assim, se de um lado tem-se a segurança jurídica refletida no princípio contratual do *pacta sunt servanda*, que traduz a força obrigatória e vinculante dos contratos e das obrigações neles estabelecidas entre as partes, também não se desconhece que as relações contratuais são influenciadas pelos fatos. Em tese, os contratos são pensados como atos de previsão do futuro e, por isso, deveriam nascer, ser executados e se extinguir em meio a certa estabilidade. No entanto, a realidade é que muitos dos pactos sofrem perturbações por conta de eventos não previstos, fazendo com que a realidade do momento da execução do contrato seja diferente da realidade do momento da assunção das obrigações.

É aí que entra o risco, componente inseparável da vida negocial: “É a tomada de risco que faz o nosso mundo girar.”¹¹ De acordo com Paula Greco Bandeira (2015, p.3), o risco é um “elemento de incerteza associado ao porvir”, tendo o contrato o objetivo de disciplinar, na medida do possível, os riscos que afetam sua execução no decorrer do tempo. Assim, todo contrato pressupõe certa alocação de riscos, com a distribuição de perdas e ganhos econômicos decorrentes de determinado evento.

Daí a importância do exame do risco e de suas repercussões no Direito Contratual (Bandeira, 2015, p.3), pois as circunstâncias que existiam ao tempo da formação do contrato podem ser modificadas de modo a alterar o conjunto de circunstâncias formadoras da base negocial, fazendo com que suas disposições sofram determinadas consequências e percam seu sentido, em vista do fim que as justificava. Essas disposições podem então se tornar irrealizáveis ou, ainda, excessivamente onerosas (Martins-Costa; Costa e Silva, 2020, p.71).

Nesse sentido, são importantes as discussões prévias entre os contratantes sobre a alocação dos riscos contratuais, bem como a previsão, na medida do

¹¹ Tradução livre de KAYE, Tim. Law and Risk. In: WOODMAN, Gordon R.; KLIPPEL, Diethelm (Org.). **Risk and the Law**. New York: Routledge-Cavendish, 2009, p.10.

possível ou da vontade das partes, dos eventos futuros que poderão alterar a equação estabelecida entre os contratantes, com a fixação de determinados parâmetros ou condições para assegurar o equilíbrio contratual. A alocação de riscos entre as partes tem um papel essencial na definição do sinalagma contratual e no ajuste da reciprocidade das prestações contratuais.

Não foi por menos que a Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019), por meio do art. 421-A do Código Civil, reforçou a necessária observância da alocação dos riscos nos contratos, que deve ser respeitada pelas partes contratantes e pelo Poder Judiciário, bem como a liberdade de as partes definirem os parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e seus pressupostos de revisão e/ou de resolução.

De acordo com Guido Alpa (1989, p.1.146), o risco contratual compreende, genericamente, (i) o risco do descumprimento, quando uma das prestações não é adimplida por culpa do devedor, por fato de terceiro, por fato do príncipe ou por caso fortuito; e, (ii) o risco de diminuição da satisfação econômica do negócio, pela preexistência ou superveniência de circunstâncias previstas e previsíveis (álea normal) ou não previstas e imprevisíveis (álea extraordinária), que não comportam inadimplemento em sentido técnico, mas desordenam a economia originária do negócio, desequilibrando o contrato.

Paula Greco Bandeira (2015, p.3) explica que o risco contratual corresponde ao risco econômico, que seria a incerteza associada à possibilidade da variação econômica positiva ou negativa do patrimônio de um sujeito, podendo essa oscilação repercutir no valor das prestações de determinado contrato. A natureza do risco, por sua vez, classificará o contrato como aleatório ou comutativo, mediante a presença ou ausência do risco jurídico, da álea jurídica. A álea jurídica, nas palavras de Paula Greco Bandeira (2015, p.137):

[...] corresponde à incerteza, presente no momento da celebração do negócio, quanto ao lucro ou prejuízo, em termos de atribuição patrimonial, que dele decorrerá para ambos os contratantes, a depender da verificação de evento incerto previsto pelas partes.

O risco econômico se relaciona comumente aos contratos comutativos e pode se configurar, do ponto de vista técnico, como álea normal ou álea extraordinária. A álea normal exprime o risco econômico previsível que as partes assumem

implicitamente quando escolhem certo tipo negocial, ou seja, se relaciona com a oscilação previsível de valor das prestações já determinadas no contrato, causada pela flutuação normal de mercado. A álea extraordinária diz respeito aos eventos imprevisíveis ou extraordinários (Bandeira, 2015, p.137-141).

É na álea extraordinária que surge a possibilidade de aplicação das teorias da excessiva onerosidade e da imprevisão (da cláusula *rebus sic stantibus*), com a ocorrência do desequilíbrio das prestações contratuais estipuladas entre as partes, dando ensejo à revisão e/ou à resolução contratual previstas nos arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil, conforme será visto nos capítulos seguintes.

E é justamente com foco na alocação e na previsão dos possíveis riscos contratuais que os contratantes devem convencionar no próprio instrumento cláusulas de adaptação entre o momento da celebração do contrato e o momento de sua execução, chamadas de cláusulas de gestão de riscos. Por meio de tais convenções os contratantes poderão estabelecer, além da alocação de determinados riscos, mecanismos de renegociação ou de revisão para que seja restabelecido o equilíbrio contratual, caso este seja alterado por eventos supervenientes, assim como as situações em que o instrumento será resolvido automaticamente. Contudo, há de se analisar os limites dessas convenções contratuais, para que sejam consideradas válidas.

2.2

Princípio do equilíbrio contratual

Antes de se analisar as hipóteses de aplicação da tutela legal, do equilíbrio contratual, no caso de excessiva onerosidade, previstas nos arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil, a ensejar a revisão e/ou a resolução contratuais, é fundamental abordar, ainda que de forma objetiva, o princípio do equilíbrio contratual.

Em seguida à promulgação da Constituição Federal de 1988, a autonomia privada passou a ser remodelada por valores existenciais, fazendo com que institutos do direito civil, como contratos, fossem funcionalizados para a plena realização de valores legítimos, como a dignidade da pessoa humana, princípio alçado a fundamento da República (art. 1º, inc. III, da CRFB/88).¹²

¹² CRFB/88 – Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...].

O processo de constitucionalização do direito civil implicou uma releitura do conceito de contrato pela doutrina brasileira, passando de uma visão subjetiva de “acordo de vontades”, que refletia uma concepção clássica do direito civil associada ao individualismo, para uma visão objetiva, em que o contrato passou a ser visto como “norma de comportamento”. Ao sobressair a perspectiva funcional à análise estrutural do contrato, este passa a ser visto como um instrumento de autorregulação de interesses (Tepedino, Konder; Bandeira, 2021, v.3, p.5).

Nesse contexto, os princípios contratuais são de fundamental importância para o direito contratual contemporâneo brasileiro, por demonstrarem os valores que predominam no sistema jurídico nacional e oferecerem fundamento às normas, sendo essenciais desde as tratativas que antecipam a formação dos contratos, no curso de sua execução e, também, no momento de sua resolução, orientando a interpretação e a aplicação desses instrumentos.

Na vigência do Código Civil de 1916, os princípios contratuais eram três: (i) o princípio da liberdade de contratar, por meio do qual as partes podem escolher com quem contratar e o que contratar, desde que respeitado o limite da ordem pública; (ii) o princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), que traduz a ideia de que o contrato é lei entre as partes e por isso deve ser observado; e, (iii) o princípio da relatividade dos contratos, segundo o qual o contrato produz efeitos apenas entre as partes contratantes, sem gerar direitos ou deveres para terceiros (Schreiber, 2020, p.30).

Esses princípios, chamados tradicionais, resultam da lógica individualista do Estado liberal, presente no contexto do liberalismo econômico do final do século XIX e início do século XX, base do direito privado brasileiro, e têm como finalidade máxima a garantia da segurança do contrato, privilegiando uma ideia formal de igualdade e liberdade, em que credores e devedores estão sempre em pé de igualdade e vinculados às obrigações assumidas, que devem ser cumpridas independentemente das circunstâncias que afetem a relação jurídica existente.

A entrada em vigor do Código Civil de 2002, cujas normas se coadunam com os valores que fundamentam a República Federativa do Brasil, sedimentou a existência de novos princípios contratuais, que reposicionaram os princípios tradicionais. Assim, aos princípios da liberdade de contratar, da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*) e da relatividade contratual, somaram-se os novos princípios contratuais, quais sejam: (i) da boa-fé objetiva; (ii) da função

social dos contratos; e, (iii) do equilíbrio contratual, que passam a ter o importante papel de somar, equilibrar e redefinir a aplicação dos princípios clássicos do direito contratual. Nas palavras de Anderson Schreiber (2020, p.43-44):

Tais princípios, embora atrelados aos valores solidaristas consagrados na Constituição, em oposição ao pensamento liberal-voluntarista que caracterizava a tradição do Direito Civil brasileiro, teriam, para muitos autores, não o papel de se opor, mas tão somente de temperar a intensidade de aplicação dos princípios tradicionais do Direito dos Contratos.

O princípio do equilíbrio contratual, também conhecido como “princípio do equilíbrio das prestações, princípio da equivalência material dos contratos, princípio do equilíbrio econômico dos contratos” (Schreiber, 2020, p.43-44), embora não tenha sido expressamente positivado no Código Civil de 2002 – pois nenhuma das regras previstas no Código Civil prevê o afastamento do desequilíbrio contratual por si só – se revela como um princípio “implícito”, sem dicção expressa na lei, extraído de um conjunto de dispositivos repressores do desequilíbrio das prestações quando este resulta de um vício ou lapso na manifestação de vontade dos contratantes ou de causas supervenientes.

Conceitualmente, diz-se que o princípio do equilíbrio contratual visa à justiça contratual, no sentido de efetivar a livre iniciativa em consonância com os valores constitucionais, sendo aplicável a todo e qualquer contrato, a fim de evitar o seu desequilíbrio excessivo.

Esse princípio teria o condão de mitigar a aplicação do princípio da força obrigatória dos contratos e de garantir a mínima reciprocidade das prestações, por meio da aplicação de institutos que coíbem o desequilíbrio contratual originário, como a lesão e o estado de perigo (arts. 156 e 157 do Código Civil)¹³ e, ainda, ao permitir a revisão ou a resolução contratual, nas hipóteses de desequilíbrio

¹³ Código Civil – Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

contratual superveniente por onerosidade excessiva, com previsão nos arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil.

Devido ao exposto, há grande controvérsia na doutrina sobre a autonomia do princípio do equilíbrio contratual. Para alguns doutrinadores, como Tepedino, Konder e Bandeira (2021, v.3, p.54-55) esse princípio seria, de fato, autônomo e aplicável em outras situações para além daquelas expressamente previstas pelo legislador:

Nesse sentido, costuma-se falar do princípio de equilíbrio contratual, que garante uma mínima corresponsabilidade entre as prestações, especialmente por meio de institutos como a lesão, a revisão judicial e a resolução por onerosidade excessiva. Deve-se observar, contudo, que o princípio não se limita à mera inspiração de institutos específicos: trata-se de norma autônoma, que extravasa as hipóteses regulamentadas expressamente pelo legislador.

Assim, para além de permear a hermenêutica de institutos como a lesão usurária, a lesão consumerista, a lesão como causa de anulabilidade e a onerosidade excessiva no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, garantindo a unidade sistemática dessas figuras, o princípio do equilíbrio contratual é relevante valor hermenêutico em outras hipóteses, como o controle de cláusulas leoninas e abusivas, a redução equitativa de cláusula penal e outras situações não previstas pelo legislador.

Para Judith Martins-Costa (2018, p.650), não há um princípio do equilíbrio contratual com caráter geral:

Embora o Ordenamento acolha todas essas hipóteses legais concretizadoras do equilíbrio contratual, não há um *princípio geral* de modificabilidade do contrato com causa no desequilíbrio. Dito de outro modo: não há um princípio do equilíbrio com caráter geral, mas há institutos que preveem soluções para situações pontuais de desequilíbrio. Sendo o princípio do equilíbrio inexpresso com *caráter geral* no Código Civil – e, portanto, deduzido de um conjunto de regras e de institutos contidos naquele Código – parece incontroverso estarem o seu sentido e os seus limites orientados por aquelas mesmas regras e institutos.

Importante esclarecer, ainda, algumas confusões que cercam o princípio do equilíbrio contratual no direito brasileiro. De acordo com Anderson Schreiber (2020, p.65-67), não se trata de um princípio que visa a redistribuição de riquezas com base na própria concepção de justiça do intérprete, o que geraria grande desconfiança, insegurança jurídica, além de violação da liberdade de contratar pelos órgãos julgadores.

O princípio também não se presta a equilibrar posições subjetivas dos contratantes, para compensar situações de desvantagens, como inaptidões ou

vulnerabilidades. O princípio do equilíbrio contratual não oferece distinção entre os contratantes, ou seja, sua aplicação não pode ser direcionada para proteção especial de determinada parte. Em outras palavras, trata-se de princípio aplicado a todo e qualquer contrato, desde que verificado o merecimento de tutela do próprio conteúdo contratual, conforme esclarecem Konder e Santos (2016, p.195):

Em contraste com o que se passava no direito contratual clássico, no qual se sobressaía a fase de formação e manifestação de vontade de contratar, o princípio do equilíbrio econômico incide sobre o programa previsto pelas partes. Dessa forma, ele serve como parâmetro para o controle de merecimento de tutela do conteúdo contratual e deve ser ponderado, com paridade de forças, com os princípios da autonomia privada e da intangibilidade do conteúdo do contrato.

Em suma, o princípio do equilíbrio contratual diz respeito ao equilíbrio do objeto do contrato, englobando não apenas suas prestações principais e acessórias, mas todo o complexo conjunto de direitos, faculdades, obrigações, ônus e outras situações jurídicas derivadas do contrato, ou seja, todo o conjunto de direitos e obrigações em sentido *lato*. Ademais, o que interessa para o princípio do equilíbrio contratual são as consequências econômicas das situações jurídicas e não as situações jurídicas em si, ou seja, o que importa são os sacrifícios econômicos suportados e os benefícios econômicos auferidos pelas partes, em virtude dos direitos e obrigações que as partes contratantes assumiram, repita-se, em sentido *lato* (Schreiber, 2020, p.68-69).

Nessa ordem de pensamento, Álvaro Villaça Azevedo (1995, v.718, p.7-12) conclui que:

[...] 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.

Assim, via de regra, deve ser sempre mantido o equilíbrio entre as prestações dos contratantes, pois o contrato não deve ser utilizado como instrumento para obtenção de lucro exagerado que sequer era vislumbrado quando da sua celebração, à custa do sacrifício patrimonial do outro contratante, ainda que a parte beneficiada com o desequilíbrio invoque os princípios da autonomia contratual e da força obrigatória dos contratos, pois essa conduta viola o próprio princípio do equilíbrio

contratual, além do princípio da boa-fé objetiva, que também é fundamental para a justiça contratual. Todos esses princípios, apesar de independentes, devem coexistir em harmonia, visando o equilíbrio das relações contratuais (Azevedo, 2020, p.94-99).

Não obstante, as partes podem decidir alocar os riscos contratuais de acordo com sua vontade, fazendo com que eventual desequilíbrio superveniente à formação do contrato seja mantido, desde que expressamente previsto e convencionado entre as partes, como fruto da autonomia privada e da liberdade de contratar, decorrente do poder de autodeterminação, conforme será analisado adiante.

2.3

A tutela *ex lege* do equilíbrio contratual prevista nos artigos 317 e 478 a 480 do Código Civil

A onerosidade excessiva e o consequente desequilíbrio contratual superveniente, provocados por evento que atinge o contrato no curso de sua execução e altera seu conteúdo econômico, resultam na impossibilidade ou insuportabilidade de cumprimento da obrigação por uma das partes contratantes, o que enseja, geralmente, a revisão do contrato e, caso não seja possível, sua resolução, com base nos arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil.

O problema do desequilíbrio contratual superveniente tem sido amplamente debatido e “costuma ser abordado sob diferentes nomenclaturas como, por exemplo, imprevisão, quebra da base do negócio, desequilíbrio entre prestações, alteração das circunstâncias, superveniência contratual, *hardship*, excessiva onerosidade, entre outras” (Schreiber, 2020, p.174).

Durante a prevalência do Estado liberal, em que a vontade das partes era imperativa, o princípio do *pacta sunt servanda* era considerado absoluto, não havendo qualquer espaço para a mitigação do efeito vinculante do contrato na ocorrência de acontecimentos supervenientes e tampouco para sua revisão pelo Poder Judiciário.

Na Europa, mais precisamente na França, a mitigação desse entendimento gerou discussões desde a segunda metade do século XIX, por meio da Teoria da Imprevisão, uma versão contemporânea da cláusula *rebus sic stantibus*, de origem medieval, que tem o objetivo de vincular a execução do contrato às condições

existentes ao tempo em que as partes manifestaram suas vontades (Dias, 2017, p.29-32).

A Teoria da Imprevisão, com matriz na jurisprudência francesa, foi formada no âmbito do Direito Administrativo Francês, justamente porque nele não havia regra tão rígida como aquela prevista no art. 1.134 do Código Civil francês de 1804.¹⁴

O *leading case* acerca da possibilidade de modificação do contrato em razão do desequilíbrio superveniente foi estabelecido no dia 30 de março de 1916, pelo Conselho de Estado Francês, em um litígio envolvendo a prefeitura de Bordeaux e a *Compagnie Générale d'Eclairage* daquela cidade. As partes haviam celebrado um contrato de concessão e a companhia argumentava que, desde a assinatura do contrato de concessão, o custo do carvão havia aumentado muito – quintuplicado – em razão, entre outras questões, da ocupação pelas tropas alemãs das principais regiões de extração daquela matéria-prima gerando o desequilíbrio contratual (Dias, 2014, p.30-31).

O Conselho de Estado Francês (*Conseil d'État*) então decidiu, diante dessas novas circunstâncias, em razão do interesse na continuação da prestação do serviço, que a companhia seria obrigada a manter o contrato, mas teria direito à indenização pela variação de custos que excedeu a álea econômica normal do contrato, se valendo da Teoria da Imprevisão. Curioso ressaltar que a decisão não interveio naquilo que as partes contrataram, ou seja, não modificou ou revisou o contrato, tendo se limitado a fixar indenização em favor da companhia, refletindo a força dos princípios da autonomia da vontade e da intangibilidade do conteúdo dos contratos na cultura francesa.¹⁵

Foi assim que “o Conseil d'État passou a admitir a modificação dos contratos celebrados em entes públicos em razão de uma alteração imprevisível que afetasse o equilíbrio econômico original do ajuste” (Schreiber, 2020, p.190-191). Muito embora as principais decisões acerca da teoria da imprevisão tenham ocorrido no âmbito da jurisprudência administrativa francesa, esta influenciou a doutrina

¹⁴ Código Civil Francês – Art. 1.134: “1) Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux que les ont faites. 2) Elles ne peuvent être révoquées que le leur consentement mutuel, on pour les causes que la loi autorise. 3) Elles doivent être exécutées de bonne foi.”

¹⁵ Conseil d'État, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux. Disponível em: <<https://conseil-etat.fr/site/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/conseil-d-etat-30-mars-1916-compagnie-generale-d-eclairage-de-bordeaux>>. Acesso em: 30 ago. 2022.

civilista, que passou a atentar para a necessidade de tutelar a alteração superveniente das circunstâncias, com a consequente suavização da rigidez do *pacta sunt servanda*.

No entanto, foi apenas pela via legislativa que se autorizou, no âmbito do ordenamento jurídico francês, a revisão ou a resolução de algumas categorias de contratos civis, sendo a mais famosa delas a *Lei Faillot*, de 21 de janeiro de 1918:

[...] que permitiu que os contratos comerciais concluídos antes do início da 1ª Guerra Mundial fossem resolvidos, desde que consistissem na entrega de mercadorias ou gêneros, em prestações sucessivas e diferidas, e uma das partes provasse que em virtude da guerra sofrera prejuízos exagerados (Dias, 2017, p.32).

Verifica-se, assim, que, como forma de mitigação da regra do *pacta sunt servanda*, existe a *rebus sic stantibus*. Nesse sentido, pode-se dizer que o contrato faz lei entre as partes enquanto as coisas permanecerem na forma estabelecida na época da formalização do instrumento. Otavio Luis Rodrigues Junior (2006, p.35-37) bem descreve essa situação ao asseverar que “os contratos que têm trato sucessivo ou a termo ficam subordinados, a todo tempo, ao mesmo estado de subsistência das coisas”.

Embora a cláusula *rebus sic stantibus* e a Teoria da Imprevisão não se confundam em suas origens históricas e significados, no Brasil, de acordo com Arnoldo Wald (2013, p.295), houve forte associação das duas noções. Como o Código Civil de 1916 era silente sobre o tratamento dado aos casos de desequilíbrio contratual, a teoria da imprevisão francesa exerceu forte influência na jurisprudência e doutrina brasileiras, começando a se desenvolver no Brasil, no início do século XX.

Nesse sentido, é de 1938 o primeiro acórdão do Supremo Tribunal Federal – STF, que, ao negar provimento ao Recurso Extraordinário nº 2.675,¹⁶ diante da ocorrência de fatores imprevisíveis, reconheceu a possibilidade de revisão de um contrato. O caso versava sobre um contrato de exclusividade de venda de parafusos e porcas para trilhos patenteados do sistema “Lecloux”. Não tendo a compradora cumprido o contrato, a vendedora ajuizou uma ação ordinária requerendo as indenizações devidas. A questão girou em torno da aplicação do art. 1.058 do

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF, Pleno, RE 2.675, Rel.: Min. Laudo de Camargo, Rel. ad hoc Min. Costa Manso, julg. 05-01-1938.

Código Civil de 1916¹⁷ e da Teoria da Imprevisão, conforme se verifica do trecho extraído do referido acórdão:

Torna-se assim preciso que o Supremo Tribunal dele conheça, para depois poder decidir si a doutrina da imprevisão pode ou não ser acolhida entre nós ou, em outros termos, si a decisão que a aceitou foi proferida contra a literal disposição do citado dispositivo do Código Civil.

Por ocasião do julgamento do referido caso, o Ministro Eduardo Espínola, do STF, sustentou, em seu voto, a possibilidade de acolhimento, no Brasil, das chamadas teorias revisionistas, uma vez que, naquela época, o direito brasileiro não tinha nenhuma regra que proibisse ou permitisse a aplicação, de modo expresso, da cláusula *rebus sic standibus* (Schreiber, 2020, p.203).

No Brasil, o direito à revisão judicial do contrato passou a ser positivado nos idos de 1990, por meio de leis especiais: Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/91) e Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93),¹⁸ que trouxeram regras de caráter objetivo.

O Código Civil brasileiro de 2002 trouxe expressa previsão, nos seus arts. 317 e 478 a 480, das hipóteses autorizadoras da revisão ou resolução dos contratos no caso de desequilíbrio das suas prestações, em virtude da ocorrência de fatos supervenientes ao momento da contratação e alheios à vontade dos contratantes, mas com base em construções diversas das leis especiais já existentes.

No entanto, embora os referidos dispositivos legais relativizem o princípio do *pacta sunt servanda*, para que o contrato seja merecedor da tutela legal prevista neles, a ensejar a revisão ou a resolução judiciais, faz-se necessário que determinados requisitos sejam preenchidos. Importante analisar as situações fáticas que ensejam a aplicação do art. 317 e dos arts. 478 a 480 do Código Civil, conforme se verifica da literalidade desses artigos:

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz

¹⁷ Código Civil de 1916 – Art. 1.058. 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.

¹⁸ Lei nº 8.078/90 – Art. 6º, inc. V; Lei nº 8.245/91 – Art. 19; e Lei nº 8.666/93 – Arts. 57, § 1º, 58, § 2º, 65, inc. II, alínea d, e § 6º.

corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

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

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

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

O art. 317 do Código Civil contempla a possibilidade de revisão judicial do contrato com base na cláusula *rebus sic stantibus* (teoria da imprevisão), resultado da influência francesa, enquanto os arts. 478 a 480 preveem a resolução e a revisão do contrato com base na teoria da excessiva onerosidade superveniente, com influência italiana.

A lei civil estabelece, como pressupostos comuns da aplicação da teoria da imprevisão ou da teoria da onerosidade excessiva, a ocorrência de um fato imprevisível, em contrato de execução continuada ou diferida, que imponha desequilíbrio das prestações, com onerosidade para um dos contratantes. Assim, com base na análise literal da lei, a diferença entre os pressupostos para a aplicação das referidas teorias seria a ocorrência de evento extraordinário previsto no art. 478 do Código Civil.

No campo da jurisprudência e considerando a aplicação prática dos referidos dispositivos, o Superior Tribunal de Justiça – STJ já traçou competente distinção entre a teoria da imprevisão e a teoria da onerosidade excessiva,¹⁹ a partir da própria dicção dos arts. 317 e 478 do Código Civil de 2002, consignando que a intervenção do Poder Judiciário nos contratos a título corretivo exige a demonstração de evento superveniente imprevisível (teoria da imprevisão) ou de evento superveniente imprevisível e extraordinário (teoria da onerosidade excessiva), que comprometa o valor da prestação de uma das partes contratantes.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp. 1.321.614-SP, 3ª T., Rel. orig. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 03-03-2015. Rel. p/ Acórdão (voto vencedor) Min. Villas Bôas Cueva.

No campo doutrinário, conforme se verá adiante, há certa confusão entre os pressupostos ensejadores da revisão ou da resolução previstos nos arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil, às vezes aplicando requisitos de um artigo – teoria – ao outro.

Em primeiro lugar, cumpre analisar a abrangência da aplicação da regra prevista no art. 317 do Código Civil, autorizadora da revisão judicial das obrigações. Tal regra, que prevê a possibilidade de o juiz corrigir o valor da prestação em se constatando desproporção manifesta ocorrida entre o valor da prestação no momento da celebração do contrato e o valor da prestação no momento da execução do contrato, de acordo com parte da doutrina, também seria passível de aplicação às relações contratuais, diante da inafastável necessidade de se interpretar o ordenamento jurídico brasileiro como um sistema unitário (Tabet, 2005, p.342).

Importante consignar, de acordo com Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva (2020, p.204-205), que não há unanimidade sobre tal entendimento, ou seja, sobre o significado e o alcance da regra do art. 317 do Código Civil:

De um lado estão – em corrente aparentemente majoritária – os que defendem uma aplicação ampla da regra a *quaisquer obrigações*, tratando-se de prestações diferidas no tempo, de trato sucessivo ou duradouras, desde que se verifique o fenômeno da alteração das circunstâncias (vindo a provocar a sua excessiva onerosidade), quando não imputável ao obrigado). De outro, estão os que entendem uma interpretação restrita e pautada pelos critérios topográficos (porque insere no tratamento das obrigações pecuniárias) e literal (porque alude, de modo expresso, à “correção do valor” para assegurar, o quanto possível, o “valor real da prestação”, considerados dois momentos no tempo).

Entre os que defendem uma aplicação mais ampla da regra do art. 317 do Código Civil, a quaisquer obrigações – tratando-se de prestações diferidas no tempo, de trato sucessivo ou duradouras, desde que verificada a alteração das circunstâncias, de modo a provocar a sua excessiva onerosidade, quando não imputável ao obrigado -, posição majoritária da doutrina, estão Ruy Rosado de Aguiar Jr. (2003, p.152-153), Jorge Cesa Ferreira da Silva (2006, p.177-179)²⁰ e Anderson Schreiber (2020, p.244).

²⁰ Jorge Cesa Ferreira da Silva propõe interpretação mais ampla ao art. 317, sustentando aplicar-se “a contratos cuja execução das prestações se estende no tempo, ou seja, duradouros (com prestações continuadas ou reiteradas – p.ex., a locação), ou com prestação diferida (p.ex., a compra e venda com pagamento parcelado). Esses contratos poderão ser tanto bilaterais quanto benéficos, já que o texto foi claro ao referir a prestação em si mesma, e não em relação a uma contraprestação”.

Já na corrente que defende uma interpretação mais restrita, pautada nos critérios topográfico (porque insere no tratamento das obrigações pecuniárias) e literal (porque alude expressamente à “correção de valor” para assegurar o “valor real da prestação”, considerando o momento da celebração e o momento da execução), estão Francisco Paulo De Crescenzo Marino (2020, p.24 e ss.) e Luiz Gastão Paes de Barros Leães (2006, p.11-24).

Para fins do presente estudo, comunga-se da posição da corrente majoritária da doutrina, com a aplicação ampla da regra do art. 317 do Código Civil a quaisquer obrigações em caso de alteração de circunstâncias que afetem prestações de execução continuada ou diferida, de modo que o referido dispositivo deve ser aplicado com base nos mesmos requisitos do art. 478 do Código Civil.

De acordo com o art. 317 do Código Civil, para que o juiz possa realizar a revisão do contrato, devem estar presentes os seguintes requisitos: (i) relação obrigacional duradoura; (ii) manifesta desproporção entre o valor da prestação no momento da formação do contrato e o momento da execução do contrato; e (iii) desproporção em decorrência de motivos imprevisíveis. Gabriela Tabet (2005, p.354) inclui, ainda, como requisitos complementares, a ocorrência da excessiva onerosidade para um dos obrigados e extrema vantagem para o outro obrigado, além da inexistência de mora.

Com relação ao primeiro requisito indicado acima, “relações obrigacionais duradouras”, embora não expressamente previsto no art. 317 do Código Civil, na prática, a regra tem sido aplicada às relações obrigacionais duradouras, dentre as quais as decorrentes de contratos de execução continuada ou diferida (Ferreira da Silva, 2006, p.177-179).

Cumprido destacar que os contratos de execução continuada ou diferida, espécies do contrato de duração, possuem uma fase intermediária entre o nascimento e a morte, em que o programa desenhado pelos contratantes é executado, paulatinamente, (a) em prestações sucessivas (execução continuada, que tem como exemplo contrato de locação, de prestação de serviços, de trabalho), ou (b) após um período de espera (execução diferida, que tem como exemplo o contrato de transporte celebrado em determinada data e cujo objeto será realizado em determinado dia no futuro) (Farias, Braga Neto; Rosendal, 2017, p.999).

Nas palavras de Ruy Rosado de Aguiar Jr. (2011, v.VI, t.II, p.885), os contratos de execução continuada são:

[...] os duradouros, em suas duas modalidades: os de execução continuada propriamente dita, com a permanência contínua da mesma situação, a exemplo da prestação do locador, e os de execução periódica, como o contrato de fornecimento de mercadoria ou de assistência técnica em datas certas ou eventuais.

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira (2020, v.3, p.60), o contrato de execução continuada ou diferida seria aquele em que “a prestação das partes não se dá de um só jato, porém a termo, não ocorrendo a extinção enquanto não se completar a *solutio*”.

O segundo requisito previsto no art. 317 do Código Civil limita a revisão judicial a situações em que ocorra “desproporção manifesta” entre o valor da prestação no momento da celebração do contrato e o valor no momento da execução.

Pela análise histórica da tramitação legislativa do Anteprojeto Miguel Reale, que se transformou na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), a *mens legis* decorreu nitidamente do temor dos diversos planos econômicos da década de 1980 e da primeira metade da década de 1990, para conter a desproporção gerada por questões cambiais extremas de hiperinflação, de tal sorte que as discussões e redações preliminares do dispositivo tratavam de desvalorização da moeda (Martins-Costa; Costa e Silva apud Reale, [s.d.], p.206). Tanto é assim, que na Câmara dos Deputados todas as emendas apresentadas aludiam à correção monetária.²¹

Na mesma linha, de acordo com o entendimento de Anderson Schreiber (2020, p.197):

A revisão contratual da prestação pelo juiz (art. 317) vem para permitir, exclusivamente, que o juiz fixe correção monetária em contrato no qual as partes não avençaram. É por isso que o dispositivo menciona “o valor real da prestação”, ou seja, o valor acrescido de correção monetária e que se alterou em razão da inflação. Contudo, a leitura que a doutrina dele fez o transforma em um dos principais artigos da codificação. A doutrina viu no dispositivo uma cláusula geral de revisão da prestação contratual que se altera entre o momento da formação do contrato (plano de existência) e o momento de sua execução ou cumprimento (plano da eficácia).

²¹ Vide Emenda nº 327 (Deputado Daso Coimbra – PRN/RJ [1926-2007]) com a seguinte redação: “Art. 315. Quando, pela desvalorização da moeda, ocorrer desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento da execução, o juiz determinará a correção monetária, mediante aplicação dos índices oficiais, por cálculo do contador.”

Judith Martins-Costa (2003, p.303) defende que a “desproporção manifesta” do art. 317 equivale à “onerosidade excessiva” do art. 478 – que será analisada mais adiante –, pois as duas expressões representariam o desequilíbrio contratual que exige de uma das partes um esforço maior do que o inicialmente previsto no contrato:

[...] a “excessiva onerosidade” é para a parte devedora da prestação cujo valor se alterou, tonando manifestamente desproporcional a relação entre o valor ajustado para a prestação devida e aquele a ser pago no momento do adimplemento (assim leia-se o termo “execução” constante do art. 317). O núcleo duro da revisibilidade das prestações está na relação entre dois conceitos antagonicamente gemelares, o “equilíbrio”, de um lado, e a “desproporção manifesta”, de outro, causador de uma “excessiva onerosidade” para um dos contratantes, causada por um fator externo ou não imputável às partes e que vem se refletir na própria prestação no momento do pagamento.

A demonstração de que um fato imprevisível alterou a base econômica original do contrato é essencial à revisão judicial do valor da prestação devida, nos termos do referido dispositivo que, baseado na noção de proporcionalidade da relação entre as partes, autoriza a adoção da teoria da imprevisão como forma de concretizar valores constitucionais relevantes, como a justiça social e a equidade, previstos no art. 3º, inc. I, da CRFB/88.

Da análise de alguns julgados recentes do Tribunal de Justiça do Estado Rio de Janeiro, no período de pandemia do Covid-19 (compreendido entre 2020 e 2022), se verificou que, naqueles casos, o entendimento dos Magistrados foi no sentido de que a revisão contratual, com base na teoria da imprevisão, seria uma exceção, exigindo criteriosa demonstração de alteração na economia original do contrato.²²

²² “Ação revisional com pedido de tutela de urgência. Contrato de compartilhamento de infraestrutura. Energia elétrica. Decisão que indeferiu o pedido de tutela de urgência, sob a fundamentação de que inviável modificar os termos contratuais celebrados entre duas empresas de grande porte sem oitiva da parte contrária. A caracterização da teoria da imprevisão, no caso, deve ser plenamente demonstrada nos autos. Vale, ainda, destacar que a substituição do índice IGPM pelo IPCA por iniciativa da ANEEL deu-se apenas em relação às contas de energia elétrica, e em benefício de consumidores, hipótese completamente diversa da que se apresenta no caso. Ausência de recolhimento das custas recursais. Determinação para promover o recolhimento em dobro, na forma do § 4º, do artigo 1.007, do CPC, sob pena de deserção. Devidamente intimado o agravante promove o recolhimento da GRERJ, e-doc. 30, a menor. Impossibilidade de complementação. Inteligência do § 5º, do art. 1.007, do CPC. Deserção. Ausente a comprovação no ato da interposição e tendo a recorrente recolhido o preparo de forma simples, quando intimado para o recolhimento em dobro, é de rigor o decreto de deserção, tendo em vista a impossibilidade de complementação do

O terceiro e último requisito do art. 317 do Código Civil são os “motivos imprevisíveis”. Ruy Rosado de Aguiar Jr. (2011, v.VI, t.II, p.885) discorre que a imprevisibilidade “deve acompanhar a ideia da probabilidade: é provável o acontecimento futuro que ocorrerá, presentes as circunstâncias conhecidas, conforme o juízo derivado da experiência”, ou seja, deve ser aferida por meio da capacidade subjetiva daqueles contratantes específicos e sua experiência. De outro lado, Otavio Luiz Rodrigues Jr. (2006, p.136) defende que imprevisível seria aquele fato que não pudesse ser previsto por qualquer pessoa, *rectius*, pelo “homem médio”.

Observe, por exemplo, que, com relação à crise econômica causada pela pandemia de Covid-19, a Lei nº 14.010/2020, que dispôs sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório – RJET das relações jurídicas de direito privado no período pandêmico, trouxe em seu art. 7º a seguinte regra: “Não se consideram fatos imprevisíveis, para os fins exclusivos dos arts. 317, 478, 479 e 480 do Código Civil, o aumento da inflação, a variação cambial, a desvalorização ou a substituição do padrão monetário.”

No entanto, apesar de o RJET ter expressamente excluído da conceituação como fato imprevisível “o aumento da inflação, a variação cambial, a desvalorização ou a substituição do padrão monetário”, a partir da vigência do

valor do preparo (art. 1.007, § 5º, CPC). RECURSO NÃO CONHECIDO” (TJRJ. Agravo de Instrumento nº 0044314-60.2022.8.19.0000. Vigésima Terceira Câmara Cível. Des. Murilo André Kieling Cardona Pereira. Julg.: 02-08-2022). “APELAÇÃO CÍVEL. Contrato Administrativo. Pleito de repactuação de preço fundado em reajuste salarial incidente sobre a categoria profissional da contratada. Fato periódico e previsível. Precedentes do STJ. Ausência de comprovação dos requisitos inerentes à teoria da imprevisão. Desequilíbrio superveniente da equação econômico-financeira do contrato não demonstrado. Recurso desprovido. Verba honorária majorada” (TJRJ. Apelação nº 0348371-50.2019.8.19.0001. Décima Oitava Câmara Cível. Des. Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos – Julg.: 13-07-2022). “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESPEJO COM COBRANÇA DE ALUGUÉIS E ENCARGOS DE LOCAÇÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. INCONFORMISMO. 1 - Perda do objeto do recurso em relação ao despejo diante da entrega das chaves. 2 - Cinge-se a controvérsia em verificar a inadimplência do réu em relação aos pagamentos dos alugueis e encargos locatícios descritos na inicial. 3 - A cláusula 20 do contrato de locação celebrado entre as partes comprova o pagamento da caução no valor de R\$ 12.000,00, correspondente a quatro meses do valor do aluguel, no momento da assinatura do aluguel. Registre-se que a autora não refutou a afirmação do réu de que o referido valor jamais foi devolvido. 4 - Impossibilidade de readequação dos valores cobrados a título de aluguel. Inaplicabilidade da teoria da imprevisão na presente hipótese, eis que, apesar de afirmar que o inadimplemento ocorreu por fato externo e totalmente imprevisível, não restou demonstrado nos autos que a pandemia causada pelo novo coronavírus (COVID-2019) impediu o adimplemento dos alugueis, inexistindo qualquer comprovação de prejuízo à renda do locatário. 5 - Precedentes do STJ e do TJRJ. Sentença parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido” (TJRJ. Apelação nº 0171093-28.2020.8.19.0001. Décima Sexta Câmara Cível. Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo – Julg.: 07-07-2022).

Código de 1916 os tribunais passaram a considerar como evento imprevisível e extraordinário, ensejador da aplicação da teoria da excessiva onerosidade, não apenas os fatos considerados, mas também a sua desproporção,²³ sendo a inflação o maior exemplo dessa tendência, já que consistia, em determinado momento da história brasileira, fato previsível e ordinário, mas, mesmo assim, diversas decisões aplicaram a teoria da imprevisão a casos envolvendo o impacto da inflação nos contratos, sob a justificativa de que o índice da inflação havia atingido proporções imprevisíveis e extraordinárias.²⁴

Importante ressaltar que o art. 317 do Código Civil não menciona como requisito do desequilíbrio, afora o motivo “imprevisível”, o motivo “extraordinário” (requisito previsto no art. 478 do Código Civil), sendo certo que a doutrina e a jurisprudência não o excluem dessa mesma confusão, pois estendem o requisito extraordinário ao referido regramento, por considerar que a lei tutela a legítima expectativa das partes, protegendo-as contra riscos anormais que fogem da álea ordinária do contrato, não importando se estes são extraordinários e/ou imprevisíveis.

Ademais, os arts. 317 e 478 do Código Civil devem ser analisados em conjunto, como parte de uma teoria complexa que regula os contratos paritários no caso de excessiva onerosidade, razão pela qual deve-se compreender de forma ampla a expressão “motivos imprevisíveis” para que esta tenha equivalência com a expressão “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis” (Dias, 2017, p.49).

Passando para a análise dos requisitos necessários para a aplicação do art. 478 do Código Civil, destacamos a: (i) existência de contrato de execução continuada ou diferida; (ii) prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra; e, (iii) ocorrência de evento imprevisível e extraordinário, não imputável a qualquer das partes.

Como visto, em matéria de desequilíbrio contratual superveniente, em virtude de onerosidade excessiva (arts. 478 a 480), o Código Civil brasileiro seguiu o modelo normativo do Código Civil italiano,²⁵ acrescentando outros requisitos para a

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ. AI 1999.002.02041, 15ª CC, Rel.: Des. Ademir Pimentel, julg. 26-05-1999.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 46.532, 4ª Turma, Rel.: Min. Aldir Passarinho Júnior, julg. 05-05-2005.

²⁵ Código Civil italiano. SEZIONE III. Dell'eccessiva onerosità:

configuração da excessiva onerosidade, como a “extrema vantagem” para uma das partes, prevista no art. 478 do Código Civil brasileiro e não prevista no art. 1.467 do Código Civil italiano.

Por outro lado, o Código Civil brasileiro deixou de reproduzir os dispositivos que completam a disciplina da *eccessiva onerosità* e que aludem ao risco contratual, como o trecho do art. 1.467 da codificação italiana, que impede a parte onerada de pleitear a resolução quando a superveniente onerosidade resta abrangida pela álea normal do contrato. O art. 1.469 do diploma legal italiano assevera que a excessiva onerosidade não se aplica aos contratos aleatórios por sua natureza ou por vontade das partes (Schreiber, 2020, p.206-209).

O primeiro requisito previsto no art. 478 do Código Civil, “existência de contrato de execução continuada ou diferida”, já restou analisado acima, quando da verificação dos requisitos constantes do art. 317 do Código Civil. Denota-se que a primeira convergência entre esses dois dispositivos é que eles se aplicam aos contratos de execução continuada ou diferida, ou seja, a todas as espécies de contratos cujo cumprimento se estende no tempo, ainda que sejam suas prestações concretizadas em curto período. Esse tipo de contrato também pode conter prestações de execução imediata para uma das partes e de execução diferida para a outra.

Com relação ao segundo conjunto de requisitos para aplicação da regra do art. 478 do Código Civil, qual seja, “prestação de uma das partes excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra”, não há no referido diploma legal, no que se refere à onerosidade excessiva, a estipulação de um parâmetro para se utilizar como base comparativa, deixando ao prudente arbítrio do magistrado – com base nas provas apresentadas - a aferição do agravamento econômico do contratante para

Art. 1.467 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. 1.458 (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).

Art. 1.468 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.

Art. 1.469 Contratto aleatório. Le norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti aleatori per loro natura (1879) o per volontà delle parti (1448, 1472).

se configurar a excessiva onerosidade, conforme se verifica da jurisprudência selecionada do Superior Tribunal de Justiça – STJ e do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.²⁶

Para parte da doutrina, a onerosidade excessiva se traduz em um agravamento notável no “custo” da própria prestação, entre o momento da conclusão, ou seja, da celebração do contrato, e o momento do seu cumprimento (Aguiar Jr., v.VI, t.II, 2011, p.908), enquanto outros autores, como Orlando Gomes, não aludem ao custo, mas ao “valor” da prestação (2009, p.214), permitindo-se a dissolução ou a revisão do vínculo entre as partes quando o custo de cumprimento da prestação resulta substancialmente superior (Dias, 2017, p.78).

Com relação ao requisito da “extrema vantagem”, inovação do Código Civil brasileiro em relação ao italiano, e que não se encontra presente na teoria clássica da imprevisão ou mesmo em outras codificações que consagraram o tema, tais como as legislações da França, Alemanha, Argentina, além da Itália, parece ter refletido antiga orientação doutrinária e orientação jurisprudencial brasileiras (Dias, 2017, p.87). Estas, sob a égide do Código Civil de 1916, em que não havia previsão expressa no ordenamento brasileiro acerca da possibilidade de aplicação da chamada teoria da imprevisão, costumavam indicar o requisito da extrema vantagem – ou do lucro exagerado - como necessário para que se deflagrasse a revisão ou a resolução do contrato por onerosidade excessiva.

Nesse sentido, confira-se a lição de Pontes de Miranda (1971, v.23, p.263):

É preciso que, a par da *onerosidade* excessiva, haja, para o credor, lucro inesperado e injustificável conforme o tráfico. Não há limite *a priori* para esse lucro, porque depende do uso do tráfico. Também ele há de ser excessivo. A sanção é a rescisão, salvo se o credor admite o abatimento; ou o abatimento, salvo se o credor prefere a rescisão.

Fato é que a exigência da verificação do requisito da extrema vantagem – entendida como enriquecimento sem causa ou lucros exagerados da outra parte – para a configuração da teoria da imprevisão, acaba por reduzir consideravelmente o campo de incidência da proteção contra a excessiva onerosidade, tornando esse

²⁶ Vide BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 831808, Rel.: Min. Nancy Andrighi, julg. 18-05-2006; Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJMG. Embargos Infringentes 0950385-66.2010.8.13.0024, Rel.: Des. Estevão Lucchesi, julg. 28-04-2016; e TJMG, Apelação 2359179-33.2006.8.13.0024, Des. Alvimar de Ávila, julg. 22-01-2014.

requisito, muitas vezes, esquecido pela doutrina, o que reduz sua importância (Aguilar Jr., 2003, p.152). Nesse sentido é o Enunciado 365, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, organizada em 2006 pelo Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal, *in verbis*:

A extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como um elemento acidental da alteração de circunstâncias que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena.

Com o foco em superar o obstáculo da conceituação da “extrema vantagem”, parte da doutrina brasileira tem sustentado que “a extrema vantagem” nada mais será do que a consequência automática da “onerosidade excessiva” (Dias, 2017, p.91). Importante destacar, com viés comparativo, que no art. 317 do Código Civil não há nenhum elemento que indique que a “extrema vantagem”, prevista no art. 478 do Código Civil, também é requisito exigido para sua aplicação.

Como terceiro conjunto de requisitos, o art. 478 do Código Civil exige que os acontecimentos causadores da excessiva onerosidade sejam, “extraordinários e imprevisíveis”. De acordo com Antonio Pedro Medeiros Dias (2017, p.58-59), os requisitos da “imprevisibilidade” e da “extraordinariedade” devem ser entendidos como “o resultado da ponderação feita pelo legislador entre os princípios contratuais da autonomia privada e do equilíbrio econômico-financeiro entre as prestações”. Ruy Rosado de Aguiar Jr. (2011, v.VI, t.II, p.899) também é bem preciso quanto à conceituação desses requisitos:

Extraordinário é o que está fora do que acontece normalmente. A chuva é o ordinário, a inundação pode ser o extraordinário, em área que historicamente não tenha sofrido os efeitos da enxurrada. Imprevisível é o que está fora da cogitação das pessoas que estão celebrando o contrato. A inundação em área de risco, que seguidamente alaga, é fato previsível; a queda da barreira de contenção da barragem pode ser fato imprevisível. Ambas são qualidades objetivas dos fatos.

Sobre esse conjunto de requisitos, cumpre mencionar que na IV Jornada de Direito Civil, do Conselho Nacional da Justiça Federal, foi aprovado o Enunciado 366, relacionado ao art. 478 do Código Civil, o qual assevera: “O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação”.

Conforme explica Anderson Schreiber (2020, p.216-217), utilizando o critério objetivo da probabilidade, baseado em estatísticas, “catástrofes naturais, guerras e epidemias constituiriam, ao menos naqueles países em que tais eventos não se verificam com frequência, fatos extraordinários”, sendo que: “Enquanto se considera extraordinário aquilo que escapa objetivamente à sucessão habitual dos acontecimentos, o fato imprevisível seria aquele que as partes não puderam subjetivamente antever.”

Assim, a “imprevisibilidade” e “extraordinariedade” dizem respeito tanto à verificação do fato em si como aos seus efeitos, sua duração e intensidade. Essa foi a conclusão alcançada no Enunciado 175, aprovado na III Jornada de Direito Civil, segundo o qual: “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 consequências que ele produz.”

A discussão doutrinária cinge-se, em especial, sobre considerar o emprego das expressões “imprevisíveis” e “extraordinários” como sinônimos ou se elas poderiam ser interpretadas com significados divergentes ou, ainda, se teriam significados teóricos diferentes, mas equivalência prática (Schreiber, 2020, p.215-223).

Doutrinadores como Araken de Assis (2007, p.716-717), Laura Coradini Frantz (2007, p.123-124) e Adalberto Pimentel Diniz de Souza (2015, p.156) entendem que essas expressões são adjetivos empregados como sinônimos, de forma redundante, e entendidos como equivalência um do outro. Já Antonio Pedro Medeiros Dias (2017, p.45) entende que os referidos adjetivos têm naturezas diferentes, pois, enquanto a imprevisibilidade possui natureza originalmente relativa e se identifica com a capacidade de os contratantes representarem a ocorrência futura de determinado evento, a “extraordinariedade” assume feição objetiva, vinculando-se ao que é estatisticamente improvável. Haveria, assim, fatos extraordinários previsíveis e fatos ordinários imprevisíveis.

Os diferentes entendimentos sobre o que significa exatamente um fato extraordinário ou imprevisível têm resultado em decisões conflitantes nos tribunais brasileiros. Veja-se, como exemplo, o tema da desvalorização cambial do real diante do dólar norte-americano, que ensejou fundamentação de decisões ora afirmando-se a “previsibilidade da modificação da política cambial” e a desvalorização do real, qualificando o fato como “previsível” e ora se declarando

expressamente que a desvalorização do real em relação ao dólar norte-americano “representa fato imprevisível”.²⁷

Além da variação cambial do dólar, o STJ também se manifestou pela inexistência do requisito da imprevisibilidade quando há desequilíbrio contratual decorrente de onerosidade excessiva, diante do aumento da inflação ou de modificações do padrão monetário no país, como ocorreu quando do Plano Real, uma vez que o histórico inflacionário e as sucessivas modificações no padrão monetário experimentados pelo país desde longa data até julho de 1994, quando sobreveio o Plano Real, seguido de período de relativa estabilidade até a maxidesvalorização do real perante o dólar, ocorrida a partir de janeiro de 1999, não autorizam concluir pela inexistência de risco objetivo nos contratos firmados com base na cotação da moeda norte-americana, em se tratando de relação contratual paritária.²⁸

Nesse sentido, aquela Corte Superior concluiu que não se aplica nem a teoria da imprevisão, nem a teoria da onerosidade excessiva, quando há risco previsível, como ocorre com a oscilação do câmbio quando se celebra um contrato em moeda estrangeira.

A revisão contratual em situações de desequilíbrio superveniente do contrato tem causado muita discussão na doutrina, na jurisprudência e uma gama de decisões aleatórias, sem a necessária e cuidadosa fundamentação sobre a presença ou a ausência dos requisitos para a configuração das hipóteses de revisão ou de resolução previstas nos arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil.

²⁷ BRASIL. STJ. Resp. 609.329/PR, Min. Rel. Raul Araújo, j. 18-12-2012; Resp. 1348081/RS, Min. Rel. João Otávio de Noronha, j. 2-6-2016.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp. 744446/DF, 2ª T, Rel.: Min. Humberto Martins, DJe 05-05-2008: “Não se mostra razoável o entendimento de que a inflação possa ser tomada, no Brasil, como álea extraordinária, de modo a possibilitar algum desequilíbrio na equação econômica do contrato, como há muito afirma a jurisprudência do STJ”; AgRg no REsp. 1518605/MT, 3ª T. do STJ, Rel.: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 12-04-2016: “A variação ocorrida no valor da moeda americana ao final do ano de 2008, com reflexo no contrato de compra e venda de fertilizantes, indexado com base na variação do dólar americano, não se revela imprevisível a ponto de autorizar o Poder Judiciário, com base na Teoria da Imprevisão, a proceder à sua revisão e alterar o indexador estipulado”; e REsp. 1321614/SP, 3ª T. do STJ, Rel. p/ acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 03-03-2015: “O histórico inflacionário e as sucessivas modificações no padrão monetário experimentados pelo país desde longa data até julho de 1994, quando sobreveio o Plano Real, seguido de período de relativa estabilidade até a maxidesvalorização do real em face do dólar americano, ocorrida a partir de janeiro de 1999, não autorizam concluir pela imprevisibilidade desse fato nos contratos firmados com base na cotação da moeda norte-americana, em se tratando de relação contratual paritária.”

De acordo com Anderson Schreiber (2020, p.91-93), em uma pesquisa feita sobre o “equilíbrio contratual”, entre os anos de 2003 e 2016, foram examinados 499 acórdãos prolatados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça de São Paulo e Superior Tribunal de Justiça – STJ envolvendo o desequilíbrio contratual, cujos dados demonstram que a imensa maioria dos precedentes judiciais nega a configuração do desequilíbrio originário ou superveniente do contrato, por conta de uma interpretação restritiva dos requisitos estabelecidos no Código Civil para contratos desequilibrados, de modo que, desses 499 acórdãos analisados, apenas 131 reconheceram a presença do desequilíbrio contratual e, mesmo assim, para adaptar índices de reajuste, readequar prazos contratuais ou alterar obrigações acessórias.

Tal situação se agrava em tempos de crise, como a causada pela pandemia de Covid-19, iniciada em 2020, em que os conceitos do Direito Contratual, como um todo, costumam ser alargados, ampliando o espaço para a exceção, diante do caráter também excepcional dos acontecimentos que digam respeito às circunstâncias que permeiam os contratos.

Conclui-se que, revisão e resolução judiciais adequadas dependerão, em um primeiro momento, da precisa conceituação dos seus requisitos para a aferição do desequilíbrio contratual e o enquadramento nas hipóteses ensejadoras da tutela judicial. Entretanto, essa conceituação não é simples e, como visto, existe forte discussão da doutrina e da jurisprudência sobre tais conceitos, sobre sua abrangência e aplicação prática.

A par de tudo isso, tem-se que a revisão do contrato é sempre excepcional e limitada, a teor do art. 421-A do Código Civil. Contudo, se configura em meio de preservação, na medida do possível, da reciprocidade e da divisão de riscos originalmente pactuados pelos contratantes, enquanto a resolução é a solução final, extintiva da relação contratual.

Partindo da análise literal do texto, o Código Civil brasileiro prestigiou a resolução à revisão contratual, ao tratar da onerosidade excessiva, uma vez que dispõe da resolução como regra geral e trata da revisão dos contratos em casos pontuais. Os arts. 478, 479 e 480 do Código Civil se encontram, inclusive, na Seção denominada “Da Resolução por Onerosidade Excessiva” e determinam como primeira providência a resolução do contrato (art. 478) na hipótese de onerosidade excessiva.

De acordo com os referidos dispositivos, a revisão contratual somente seria admitida caso o réu do processo se oferecesse a modificar equitativamente as condições do contrato, na forma do art. 479 do Código Civil. A revisão do contrato também aparece no art. 480, mas no caso de contrato unilateral. Nesse sistema, sendo o contrato bilateral ou sinalagmático, a parte prejudicada pela excessiva onerosidade, que será a autora da ação, não poderá pleitear diretamente em juízo a revisão do ajuste, mas somente sua resolução, sendo a ação revisional por onerosidade excessiva apenas admitida em se tratando de contratos unilaterais.

Assim, com relação aos contratos sinalagmáticos, a revisão contratual seria apenas um mecanismo de defesa do réu para evitar a resolução do contrato, não podendo, em tese, ser exigida do autor da ação. Nesse sentido, a revisão do contrato sinalagmático seria colocada em favor do réu da ação, mas não extensível ao julgador, o qual não poderia julgar o processo no sentido de impor uma modificação equitativa sem pedido do réu nesse sentido.

O fundamento existente por trás da solução prioritária de resolução contratual seria o de preservar a autonomia das partes contratantes, sem interferência do julgador naquilo que esses, no exercício de sua liberdade de contratar, convencionaram. Nessa linha, a revisão dos contratos atentaria muito mais contra a vontade das partes do que a resolução contratual (Dias, 2017, p.127).

Verifica-se, contudo, que com o passar dos anos houve uma tendência geral de admissão da revisão contratual como opção equiparada à resolução contratual, permitindo, inclusive, o pedido direto de revisão do contrato por parte do contratante prejudicado pela superveniente onerosidade.

Há, atualmente, uma primazia da revisão contratual sob a resolução como solução da onerosidade excessiva, baseada nos novos princípios contratuais da boa-fé, função social e do equilíbrio contratual, bem como no princípio da conservação dos contratos, que exige a releitura do art. 478 do Código Civil, de forma a ampliar sua interpretação para permitir que a parte afetada pela superveniente alteração das circunstâncias exija diretamente em juízo também a revisão do contrato (Dias, 2017, p.126-132). Já o art. 317 apenas prevê a revisão como solução de contratos desequilibrados em que sobrevier a manifesta desproporção entre o valor da prestação no momento da celebração do contrato e no momento da sua execução.

Nesse sentido, também concluíram Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloisa Helena Barboza (2006, v.II, p.131-134):

No entanto, 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.

No entanto, aqui [art. 479] parece claro que a alternativa compete ao credor, e não ao devedor. Não é a este, mas àquele que a lei confere a escolha entre a extinção do contrato e a sua revisão, mediante o ajuste das prestações. Ao devedor, autor da ação, portanto, o CC confere apenas a resolução. Este posicionamento adotado pelo Código é, contudo, criticável. [...] De todo modo, pode-se ampliar o espectro de incidência do dispositivo com a admissão de possibilidade de o juiz, diante do requerimento do réu, autorizar a revisão – em homenagem ao princípio de conservação dos contratos – mesmo sem a anuência do autor, cujo pedido tenha se limitado à resolução.

Nas palavras de Aguiar Jr. (2011, v.VI, t.II, p.885), “o mercado tem interesse na manutenção dos acordos, e sua conservação mediante simples revisão atende a esse interesse social e à função social do contrato, que é um dos princípios de nosso sistema”. Esse entendimento foi externado no Enunciado 176, da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, o qual assevera: “Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual.”

A reflexão que se faz é se as hipóteses previstas nos arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil seriam, de fato, suficientes e mesmo adequadas para decidir casos de perturbações que tornem as prestações contratuais excessivamente onerosas (Martins-Costa; Costa e Silva, 2020, p.39), com intervenção de terceiros que entrarão na seara da autonomia privada dos contratantes, decidindo, por eles, o seu futuro contratual. A julgar pela análise das discussões travadas na doutrina e pela jurisprudência sobre o tema, se presume que a resposta às indagações seja negativa.

De acordo com Fábio Siebeneichler de Andrade (2014, p.249-250):

Torna-se uma via crúcis para a parte superar todos os pressupostos elencados na legislação, razão pela qual este caminho exigido para a desoneração do *pacta sunt servanda* pode ser qualificado como excepcional ou mesmo um sonho, difícil de ser alcançado. Muito embora se compreenda que o estabelecimento de uma fórmula para o equilíbrio entre o *pacta sunt servanda* e a modificação do que foi pactuado pelas partes exija determinados pressupostos, é forçoso considerar que o modelo brasileiro é excessivamente rígido, onerando sobremaneira a possibilidade de modulação pelo intérprete, e com isso criando uma dificuldade quase intransponível para a construção de uma concepção cooperativa – ou solidarista – no campo das modificações do contrato por circunstâncias supervenientes.

Ao que parece, diante do rigorismo – *rectius*, taxatividade – dos pressupostos constantes dos arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil para a configuração da excessiva onerosidade e, ao mesmo tempo, do subjetivismo dos seus conceitos, existe certa dificuldade em se construir uma solução cooperativa com base nestes, de modo que a solução de alocação dos riscos relativos ao desequilíbrio contratual superveniente, no caso de excessiva onerosidade, pelos próprios contratantes, teria o condão de melhor tutelar os seus interesses.

2.4

Cláusulas de gestão dos riscos contratuais

A prática negocial vem revelando a eficácia das cláusulas de alocação dos riscos contratuais, principalmente aquelas que tratam da renegociação ou revisão contratual, por meio das quais se pretende gerir as consequências do desequilíbrio contratual superveniente, uma vez que refletem a própria autonomia privada, afastando, em princípio, os riscos de uma intervenção heterônoma na relação contratual e valorizando a máxima de Georges Rouhette (1986, p.369 apud Aguiar Jr., 2011, v.VI, t.II, p.940) no sentido de que “le contrat organise sa propre révision”.²⁹

Não obstante a existência da tutela *ex lege* do equilíbrio contratual, no caso de onerosidade excessiva, prevista nos arts. 317, 478, 479 e 480 do Código Civil, mostra-se legítimo que as partes regulem, por si próprias, em substituição ao referido regime legal, mecanismos contratuais estabelecendo, de acordo com o seu

²⁹ Tradução livre: “o contrato organiza a própria revisão”.

entendimento, quais eventos configurarão hipóteses de desequilíbrio contratual superveniente a ensejar renegociação, revisão ou resolução do contrato.

Nesse sentido, caberá aos contratantes ajustar as cláusulas contratuais de acordo com sua melhor conveniência, uma vez que tal possibilidade de autorregramento das hipóteses de desproporção manifesta das prestações e excessiva onerosidade superveniente, de modelação do conteúdo contratual e liberdade de forma, se fundamentam no “princípio da atipicidade”, expresso no art. 425 do Código Civil³⁰ e no “princípio da liberdade de contratar”.

Essa gestão dos riscos contratuais pode ocorrer das formas mais variadas, como consequência da autonomia privada. Para que a gestão seja válida e eficaz, faz-se necessário que “os riscos que constituirão objeto de gestão pelos particulares não de ser previsíveis, de modo a que se possa atribuir a um ou outro contratante os efeitos de sua verificação” (Terra; Bandeira, 2015, p.13-14). De acordo com Aline de Miranda Valverde Terra e Paula Greco Bandeira (2015, p.13-14), o ordenamento jurídico brasileiro prevê duas formas de gestão de risco nos contratos: a gestão positiva e a gestão negativa dos riscos econômicos.

Ainda de acordo com as juristas, a gestão positiva dos riscos econômicos seria “a distribuição dos riscos entre os contratantes nas cláusulas contratuais, determinando-se, no concreto regulamento contratual, a quem cabem os ganhos econômicos e as perdas resultantes da verificação do risco” (Terra; Bandeira, 2015, p.13-14), enquanto a gestão negativa seria a realizada nos chamados contratos incompletos, os quais possuem lacunas e elementos deliberadamente não preenchidos pelas partes no tempo de sua celebração e que serão determinados, em momento futuro, pela atuação de uma ou ambas as partes, de terceiro ou mediante fatores externos, tudo de acordo com o procedimento contratualmente previsto para a integração da lacuna.

São exemplos de cláusulas de gestão positiva dos riscos contratuais a cláusula resolutiva expressa (que dispõe que o contrato será resolvido imediatamente após o inadimplemento por uma das partes, mediante interpelação extrajudicial); a cláusula de caso fortuito (de acordo com a qual a obrigação contratada permanece, se possível, mesmo diante de caso fortuito ou força maior); a cláusula de *hardship*

³⁰ Código Civil – Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

(na qual as partes estabelecem que, em determinadas situações de dificuldade, irão renegociar o contrato de boa-fé, eventualmente estabelecendo os mecanismos para tal renegociação).

Não obstante a gestão dos riscos contratuais por convenção seja ato de autonomia privada, essas convenções contratuais encontram um limite imposto pelos valores constitucionais e princípios da supremacia da ordem pública, de modo que devem se revestir de certos requisitos ou pressupostos para que sejam consideradas válidas e eficazes, conforme será analisado mais detidamente ao longo deste estudo.

No que concerne, precisamente, às cláusulas de renegociação ou revisão contratual, estas podem se apresentar em diversas configurações, mas, de forma objetiva, essas convenções contratuais podem ser enquadradas como: (i) cláusulas de revisão automática ou de adaptação automática; (ii) cláusulas de revisão participativa ou de revisão negociada ou de adaptação participativa; e, ainda, (iii) cláusulas híbridas ou mistas (em que os dois grupos anteriores se misturam) (Schreiber, 2020, p.404).³¹

As cláusulas de revisão automática constituem o grupo de cláusulas em que não há necessidade de participação das partes para a operação de seus efeitos, estando condicionadas apenas a determinado termo ou condição. Em outras palavras, seus efeitos se operam automaticamente mediante a ocorrência de determinado evento, termo ou condição. Como exemplos desse tipo de cláusula podem ser citadas aquelas em que se prevê a aplicação de correção monetária em determinada data ou em determinado período, por incidência de um índice econômico escolhido pelos contratantes, também as cláusulas que estabelecem o aumento progressivo das parcelas e, ainda, as cláusulas que estabelecem critérios específicos e determinados de revisão do contrato, predeterminando um valor a título de reajuste, entre outras.

As cláusulas de revisão participativa dependem da efetiva participação das partes para a deflagração dos seus efeitos. Nesse grupo se encontra, por exemplo, a

³¹ Anderson Schreiber (2020, p.404) conceitua essas cláusulas como de revisão automática, participativa ou híbrida, enquanto Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva (2020, p.71) conceituam essas cláusulas como de adaptação automática e adaptação participativa.

cláusula de *hardship*,³² que é a cláusula paradigma das previsões contratuais de adaptação dos contratos de longa duração às circunstâncias supervenientes.

Por meio dessa cláusula de *hardship*, as partes podem estabelecer não somente o dever de renegociar, mas também como será essa renegociação (procedimento), estipulando prazos para a tentativa prévia de resolução da controvérsia antes de instaurar qualquer disputa arbitral ou judicial, além de prever novos valores, novos índices econômicos ou mesmo nova fórmula para cálculo dos valores das prestações do contrato.³³ O UNIDROIT – The International Institute for

³² De acordo com Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva (2020, p.78-80), “situações de *hardship* são previstas, em cláusulas contratuais, como causa do dever, atribuído às partes, de alterar o pactuado para minimizar a situação aflitiva que, por força do *hardship*, atingiu um ou ambos os contraentes, vindo a causar uma ‘disrupção fundamental’ do equilíbrio contratual. Por essa razão a doutrina define a cláusula de *hardship* como a cláusula cuja eficácia consiste, essencialmente, em provocar uma renegociação do contrato, sempre que a mudança das circunstâncias ocorrer”. De acordo com Anderson Schreiber (2020, p.404-405): “No segundo grupo, que reúne as cláusulas que dependem da participação das partes para a deflagração da sua eficácia, situam-se, por exemplo, as chamadas cláusulas de *hardship*, frequentes em contratos internacionais, que nada mais são que cláusulas segundo as quais, diante de adversidades que não chegam a configurar caso fortuito e força maior (impossibilidade da prestação), a parte prejudicada pode notificar a contraparte para que iniciem, de boa-fé, um processo de renegociação e revisão do contrato.” Para Luiz Olavo Baptista (2011, p.243): “Podem ser citadas como exemplos de *hardship* situações como ‘novas incidências fiscais, políticas discriminatórias contra certos produtos ou, à sua procedência, alterações na taxa de câmbio, moratórias, pedidos de consolidação de dívidas, atrasos em conversão de moeda’.”

³³ No que tange a prazo, as partes podem estabelecer determinado número de semanas ou até meses para a tentativa de renegociação, ocasião em que estaria obstado o acesso à tutela jurisdicional, seja pela arbitragem ou pela via judicial, até o término desse prazo. Ademais, como se verá no próximo capítulo do presente estudo, o impedimento de se instaurar um procedimento arbitral ou judicial antes de findo o prazo previsto da cláusula de *hardship* para a renegociação não caracteriza violação da inafastabilidade do controle jurisdicional, pois a referida cláusula não possui o condão de impedir totalmente a aplicação desse princípio constitucional, mas sim, o de limitá-lo temporariamente. Sobre as funções da cláusula de *hardship*, a execução do seu objeto, o inadimplemento do dever de renegociar e os procedimentos e medidas cabíveis, bem como a obrigação de indenizar pela violação de uma cláusula de *hardship*, veja Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva (2020, p.78-115).

the Unification of Private Law³⁴ e a ICC – International Chamber of Commerce³⁵ possuem conhecidos modelos de cláusulas de *hardship*.

Também podem se enquadrar nessa modalidade de revisão participativa as cláusulas “MAC – Material Adverse Change” (mudança adversa substancial) e “MAE – Material Adverse Effect” (efeito adverso substancial), usualmente utilizadas em operações de compra e venda de participações societárias com fechamento diferido e em operações financeiras,³⁶ que autorizam o contratante

³⁴ UNIDROIT 2010: Article 6.2.2 (Definition of hardship): “There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party’s performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and a) The events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract; b) The events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract; c) The events are beyond the control of the disadvantaged party; and d) The risk of the events was not assumed by the disadvantaged party. Article 6.2.3 (Effects of hardship): (1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based. (2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance. (3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court. (4) If the court finds hardship it may, if reasonable, (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed; or (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium” (UNIDROIT. Chapter 6 – Section 2. Disponível em: <<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/chapter-6-section-2/#1623694323415-30641944-9988>>. Acesso em :15 jul. 2022).

³⁵ A ICC possui uma cláusula modelo de *hardship* bastante utilizada em contratos internacionais: “1. A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance more onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract. 2. Notwithstanding paragraph 1 of this Clause, where a party to a contract proves that: a) the continued performance of its contractual duties has become excessively onerous due to an event beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that b) it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences, the parties are bound, within a reasonable time of the invocation of this Clause, to negotiate alternative contractual terms which reasonably allow to overcome the consequences of the event. 3A. Party to terminate. Where paragraph 2 of this Clause applies, but where the parties have been unable to agree alternative contractual terms as provided in that paragraph, the party invoking this Clause is entitled to terminate the contract, but cannot request adaptation by the judge or arbitrator without the agreement of the other party. 3B. Judge adapt or terminate. Where paragraph 2 of this Clause applies, but where the parties have been unable to agree alternative contractual terms as provided for in that paragraph, either party is entitled to request the judge or arbitrator to adapt the contract with a view to restoring its equilibrium, or to terminate the contract, as appropriate. 3C. Judge to terminate. Where paragraph 2 of this Clause applies, but where the parties have been unable to agree alternative contractual terms as provided in that paragraph, either party is entitled to request the judge or arbitrator to declare the termination of the contract” (ICC FORCE MAJEURE AND HARDSHIP CLAUSES – MARCH 2020. Disponível em: <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/03/icc-forcemajeure-hardship-clauses-march2020.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2022).

³⁶ Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva (2020, p.127-139) explicam que: “Uma operação de compra e venda de participações societárias com fechamento diferido tem como características a existência de um período intermístico entre dois momentos-chave, a ‘assinatura’ (isto é, a conclusão contratual, ou *signing*, no jargão do setor) e o ‘fechamento’ (o *closing*, momento em que o contrato passa a projetar toda a sua eficácia típica ou há extinção, pelo inadimplemento, ou não, de condições suspensivas e resolutivas, com o desfazimento contratual. Dentre as variadas cláusulas que regerão esse período intermístico estão aquelas que preveem afastar a vinculação obrigacional

afetado por determinado tipo de evento a iniciar um processo de renegociação, revisão ou até mesmo declarar a resolução do contrato. Encontram-se nesse grupo ainda as cláusulas escalonadas de negociação, mediação e arbitragem.

Ao contrário das cláusulas de revisão automática do contrato, as cláusulas de revisão participativa do contrato, como a cláusula de *hardship*, têm como objetivo conferir às partes o direito subjetivo de exigir, a partir do momento de verificação da alteração relevante de determinadas circunstâncias, a renegociação do contrato. Nesse caso, as partes contratantes têm dupla prestação: são obrigadas, em primeiro lugar, a se reunir para renegociar o contrato e, em segundo lugar, a ter negociações pautadas pelo princípio da boa-fé objetiva, “não se admitindo artimanhas, protelações, deslealdades ou renitências irrazoáveis” (Martins-Costa, 2001, p.267). Assim, havendo a recusa em negociar, expressa ou por meio de atos omissivos, ficará caracterizado o inadimplemento culposos da obrigação de renegociar.

Por fim, existem aquelas cláusulas denominadas híbridas ou mistas, que combinam elementos de revisão automática e participativa. Anderson Schreiber (2020, p.406-407) cita, como exemplos, (i) uma cláusula de *hardship*, determinando que, diante do desequilíbrio contratual, as partes ingressarão em negociações de boa-fé para tentar superar o problema, mas que, caso não seja alcançado um acordo em determinado prazo, remeterão a matéria à decisão de um terceiro, com base em parâmetros pré-determinados ou não; e (ii) uma cláusula que preveja, diante do desequilíbrio contratual superveniente, a possibilidade de readequação unilateral de uma das partes, reservando à outra a oportunidade de iniciar um processo de contestação e revisão do ajuste entre as próprias partes ou com a participação de um terceiro.

se determinados eventos perturbarem a sua execução. Trata[m]-se das cláusulas de alterações depreciativas, conhecidas pelas siglas *MAC* (*Material Adverse Change*), ou *MAE* (*Material Adverse Effect*), também chamadas *deal stopping clauses*, assim se apontando a uma qualificação genérica que recobre estipulações as mais variadas, unificadas, contudo, por sua comum finalidade. Essa finalidade é alocar riscos atinentes a eventos não controláveis pelas partes, relacionados à alteração – no chamado *interim period* – do quadro fático pressuposto pelos contratantes ao conformarem o conteúdo contratual.” Aduz, ainda, que, nem sempre o efeito da ocorrência do evento previsto nessa cláusula será liberatório, daí porque se enquadra também no grupo das cláusulas de revisão participativa: “Uma cláusula *MAC* ou *MAE* pode levar à extinção do contrato ou ter como objetivo provocar uma renegociação do preço. Pode ocorrer que o comprador, mesmo com o direito de desfazimento (*Walk Away*) atribuído pela cláusula *MAC*, ainda esteja interessado em adquirir a participação societária, no caso dessas operações, mas não pelo preço que havia se disposto a pagar, na data da assinatura do contrato.”

Havendo estipulação contratual de cláusula de revisão ou renegociação, seja genérica ou específica, o remédio da resolução do contrato será relegado para *ultima ratio*, tendo em vista que o elemento primordial das cláusulas de revisão e renegociação é a preservação do vínculo contratual, por meio do restabelecimento do equilíbrio contratual. Em outras palavras, as partes devem buscar sempre o equilíbrio para o fim de promover o cumprimento do programa contratual previamente ajustado e não apenas o viés voluntarista do equilíbrio das posições contratuais.

Embora cada um dos tipos de cláusula destacados possua características e contornos próprios, levando à interpretação e à aplicação prática diferentes, o presente trabalho tem por objetivo tratar dos limites do negócio jurídico da tutela *ex lege* do equilíbrio contratual.

Em outras palavras, em que medida as partes podem estabelecer, em uma convenção, seus próprios critérios para a configuração da excessiva onerosidade, modificando, restringindo ou excluindo por completo a tutela *ex lege* do equilíbrio contratual prevista nos arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil brasileiro, bem como afastando, de forma definitiva ou provisória, às ações revisional e previstas nos referidos dispositivos legais.

3

Limites do negócio jurídico da tutela *ex lege* do equilíbrio contratual

3.1

Análise doutrinária

Como visto nos capítulos anteriores, no caso de ocorrência de situações de desequilíbrio contratual superveniente, por excessiva onerosidade ou desequilíbrios das prestações, por força de acontecimentos alheios à vontade das partes contratantes ou sem culpa destas, o Código Civil oferece dois caminhos: o da revisão ou o da resolução do contrato, ambos previstos nos arts. 317 e 478 a 480.

Não obstante a existência da referida previsão legal na legislação civil, as partes contratantes podem estabelecer consensualmente mecanismos de gestão

positiva dos riscos contratuais, como cláusulas de renegociação e revisão mandatórias para a recomposição do reequilíbrio contratual e, ainda, o estabelecimento de uma cláusula resolutiva expressa. Contudo, necessário se faz analisar os limites dessas convenções.

No presente estudo se pretende analisar, especificamente, os limites da convenção que venha modificar, restringir ou excluir, por livre e consciente disposição contratual, a tutela *ex lege* do equilíbrio contratual, estabelecendo seus próprios critérios para a configuração da excessiva onerosidade, bem como afastar, de forma definitiva ou provisória, as ações revisional e resolutiva, previstas nos arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil.

Embora a discussão sobre o assunto na doutrina seja limitada, se identificou a existência de três correntes que discorrem sobre a possibilidade ou não de os contratantes regulamentarem, livremente, a onerosidade excessiva em uma cláusula contratual, afastando a aplicação do disposto nos arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil.

A primeira corrente defende que os contratantes poderiam estabelecer as hipóteses em que se verificaria determinada situação de onerosidade excessiva, de modo a afastar a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, que poderiam livremente autorregulamentar possíveis repercussões jurídicas da onerosidade excessiva, como expressão plena e ilimitada da autonomia privada das partes. Fabio Siebeneichler de Andrade (2014, p.248) esclarece que:

A este respeito impõe-se destacar que se verifica o estabelecimento de disposições contratuais específicas sobre o problema, configurando uma situação de autorregulamentação. Os próprios contratantes estabelecem índices e hipóteses em que está determinada a onerosidade, a fim de prever e afastar a invocação da cláusula *rebus sic stantibus*.

Os autores que aderem a essa corrente sustentam que tal benefício consiste em elemento natural dos contratos de trato sucessivo ou de execução diferida (Cardoso, 2010, p.155-156), e que, por não envolver a ordem pública, a moral ou os bons costumes, pode ser objeto de cláusula especial que o modifique, restrinja ou exclua, conforme ensinamento de Júlio Alberto Díaz (2004, p.214):

A faculdade de demandar a resolução do contrato é um benefício concedido ao prejudicado pelo acontecimento extraordinário e imprevisível. Apresenta-se como

um elemento natural dos contratos de trato sucessivo ou de execução diferida que, não estando em jogo a ordem pública, a moral, nem os bons costumes, pode ser objeto de cláusula especial que a modifique, restrinja ou extinga. Da mesma forma, nada impede que se renuncie antecipadamente ao benefício, isto é, com anterioridade ao acontecimento superveniente.

De acordo com Antonio Pedro Medeiros Dias (2017, p.168), também na corrente que defende a possibilidade de renúncia prévia dos remédios da excessiva onerosidade estão os autores J. M. Othon Sidou (1984, p.31) e Giuliana Bonanno Schunck (2010, p.139), tendo esta última defendido que “sendo o direito à revisão ou resolução contratual um direito com consequências eminentemente patrimoniais e, portanto, sendo um direito disponível, não haveria razão para a proibição de sua renúncia pelas partes”.

Some-se a isso o fato de que, sendo os contratantes partes paritárias:

[...] não havendo disparidade do poder negocial entre as partes e estando elas inseridas em um contexto onde a autodeterminação de ambas não sofra qualquer *déficit* relevante, não há por que negar a elas o direito de dispor inteiramente sobre os riscos da relação contratual, dentre eles o risco da excessiva onerosidade superveniente da prestação (Dias, 2017, p.169).

Ainda seguindo a linha da primeira corrente, Paulo R. Roque A. Khouri (2006, p.95) defende que tal posicionamento seria corroborado pelo próprio texto dos artigos do Código Civil que regulam a teoria da excessiva onerosidade, nos quais o legislador recorreu ao verbo “poder” e não ao verbo “dever”, o que leva a presumir a existência de uma faculdade da parte lesada de se socorrer da tutela legal do desequilíbrio contratual por excessiva onerosidade. O doutrinador ainda acresce que:

Entretanto, aqui, a intervenção estatal quase sempre não se faz necessária, porque esse conteúdo resultou efetivamente da manifestação de ambas as partes, que efetivamente exerceram, no ato de contratar, a autodeterminação, sem qualquer arranhão maior à liberdade de contratar. Daí que as partes em um contrato efetivamente paritário, sem ofensa ao ordenamento, podem, em nome da liberdade de contratar decorrente do poder de autodeterminação, afastar a incidência do regime da onerosidade excessiva (Khouri, 2006, p.97).

Ademais, Khouri e Schunck³⁷ (apud Dias, 2017, p.170) defendem que o afastamento das regras que disciplinam a excessiva onerosidade consiste na solução lógica e sistematicamente mais adequada, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro expressamente admite a possibilidade de as partes assumirem os riscos decorrentes do caso fortuito e da força maior (parágrafo único do art. 393 do Código Civil).³⁸ Assim, se o Código Civil autoriza que as partes assumam os riscos decorrentes da impossibilidade absoluta, com maior razão podem mitigar ou afastar o regime legal aplicável à onerosidade excessiva, pois estariam conscientemente assumindo, além dos riscos ordinários da contratação, os riscos extraordinários ensejadores da onerosidade excessiva da prestação.

No outro extremo situa-se a segunda corrente, mais conservadora, segundo a qual as normas que regulam a excessiva onerosidade superveniente se fundam na defesa do equilíbrio contratual e da função social do contrato, e, por isso, essas normas de revisão e resolução do contrato devem ser tomadas como de ordem pública e, conseqüentemente, não se poderia conferir aos contratantes a possibilidade de afastá-las por declaração unilateral ou bilateral das partes, conforme defende Paulo Nasser Magalhães (2011, p.162): “Daí porque, em sendo instrumento de defesa da função social e do equilíbrio contratual, as normas de revisão e de resolução do contrato não podem ser afastadas por declaração unilateral ou bilateral das partes.”

Para os adeptos dessa segunda corrente, a teoria da imprevisão e a onerosidade excessiva seriam preceitos de ordem pública e a vedação de sua aplicação seria leonina por atentar contra a função social do contrato (Gagliano, 2019, p.305-306).

Nesse sentido, Arnaldo Wald (2013, p.301) discorre que as normas contidas nos arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil, e as normas similares contidas em nossa legislação especial “são normas imperativas ou de ordem pública, que não podem ser afastadas por vontade das partes”.

³⁷ As obras citadas de tais autores são: KHOURI, Paulo R. Roque A. **A revisão judicial dos contratos no novo Código Civil, Código do Consumidor e Lei nº 8.666/93**: a onerosidade excessiva superveniente. São Paulo: Atlas, 2006, p.97-98; e SCHUNCK, Giuliana Bonanno. **A onerosidade excessiva superveniente no Código Civil**: críticas e questões controvertidas. São Paulo: LTr, 2010, p.139.

³⁸ Código Civil – Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

No entendimento dos autores que se filiam a essa segunda corrente mais conservadora, o afastamento das normas contidas nos referidos dispositivos legais, por disposição das partes, restaria vedado pelo disposto no parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil, dispositivo de grande importância para a compreensão do sentido da função social do contrato e, segundo o qual: “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.”

Também na linha da posição mais conservadora, Ruy Rosado de Aguiar Jr. (2011, v.VI, t.II, p.940-947) defende a invalidade da cláusula que impede a revisão contratual em virtude de qualquer causa ou fato futuro. Para Aguiar Jr. é admitida a abdicação do direito à revisão em situações específicas, como na hipótese de edição de um plano econômico diverso daquele vigente ao tempo da formalização do contrato e que altere os seus parâmetros de correção monetária.

Gustavo Tepedino (2006, v.I, p.172 apud Dias, 2017, p.171) defende que não se mostra legítima a analogia feita ao art. 393 do Código Civil, pois, embora a lei permita que as partes convençionem o deslocamento do risco do fortuito em favor do credor, “só se considerarão assumidos pelo devedor os riscos previsíveis na época da celebração do contrato. Se a inexecução se der por causa imprevisível àquele tempo, a transferência dos riscos não se implementará”, razão pela qual as partes não podem se valer do disposto no art. 393 do Código Civil para afastar genericamente os riscos dos eventos imprevisíveis, de modo a excluir totalmente a incidência da teoria da excessiva onerosidade.

Ademais, essa segunda corrente (Cardoso, 2010, p.155-156) defende ainda que a lei exige o fato imprevisível para o direito à resolução e a renúncia antecipada implica em previsão do imprevisível. Além disso, a simples e genérica assunção dos riscos imprevisíveis configuraria cerceamento do direito de ação em geral e consistiria, ainda, em declaração negocial sobre objeto indeterminável, o que é vedado pelo ordenamento jurídico (art. 166, inc. II, do Código Civil)³⁹ (Lynch de Moraes, 2003, p.225 apud Dias, 2017, p.171).

Entre tais posicionamentos extremos se encontra uma terceira corrente, que admite que as partes contratantes abdicuem consensualmente do direito de rever o

³⁹ Código Civil – Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: [...] II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; [...].

contrato em situação de onerosidade excessiva, mas não de forma absoluta ou mediante renúncia em abstrato. De acordo com o entendimento dessa terceira corrente, a disposição contratual que veda às partes buscarem pela via judicial ou arbitral a revisão ou a resolução contratuais previstas no Código Civil em hipóteses de desequilíbrio contratual por onerosidade excessiva, estabelecendo novos requisitos para que se configure essa situação, concretiza a autonomia privada e, pode, sim, ser admitida, desde que o evento que, potencialmente, comprometa o equilíbrio do contrato seja bem delimitado e, expressamente, previsto em cláusula contratual.

Aderindo a esse posicionamento, Anderson Schreiber (2020, p.411-412) pontua, de modo elucidativo, que:

[...] reconhece-se à autonomia privada a possibilidade de assunção de riscos, desde que tal assunção se revele inequívoca, o que somente costuma ocorrer diante da especificação e precisa delimitação do risco. Não se trata, em definitivo, de afastar a força coercitiva do princípio do equilíbrio contratual, mas tão somente de verificar, em concreto, a desnecessidade da sua incidência diante da inequívoca assunção de risco específico pelo contratante, em opção que se revele merecedora de tutela à luz da ordem jurídica.

Há outras vozes eloquentes que defendem esse último posicionamento, a exemplo de Giovanni Ettore Nanni, para quem as partes podem pactuar a inexistência de qualquer dever de renegociar ou revisar, assumindo os riscos de se manter vinculadas ao contrato tal como originalmente concebido. Nanni (2014, p.262) adverte, no entanto, que não pode ser admitida a renúncia pura, simples e genérica do direito de revisão.

No mesmo sentido é o entendimento de Silvio de Salvo Venosa (2005, p.457):

Assim, não será válida a cláusula pela qual as partes concordam em não ingressar com ação de revisão contratual, qualquer que seja a causa ou fato futuro. Deve ser admitida, por outro lado, uma cláusula que proíba as partes de pedirem a revisão do contrato, no caso, por exemplo, da edição de um plano econômico que altere os parâmetros da correção monetária. Nessa situação, que mencionamos apenas como exemplo teórico, haverá necessidade, evidentemente, de levarmos em conta os demais princípios gerais do instituto do contrato.

Tal entendimento se baseia no fato de que, ao estabelecerem o afastamento da revisão e/ou resolução previstas no Código Civil, em situações específicas, os contratantes acabarão por transferir da álea extraordinária para a álea normal fatos

que originalmente seriam, em tese, imprevisíveis, mas que passam a ser expressamente previstos em convenção contratual, de modo que o requisito da imprevisibilidade, essencial para aplicação das hipóteses da revisão e da resolução previstas nos arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil, restaria superado.

Em suma, a terceira corrente defende que o evento superveniente, cujos riscos se pretende assumir, deve estar detalhado na convenção para que não restem dúvidas acerca da impossibilidade de alegar o desequilíbrio por ele causado. Assim, embora não considere válida a cláusula que determine o afastamento genérico da tutela legal da excessiva onerosidade, nada impede que as partes assumam riscos da excessiva onerosidade decorrentes de determinados fatos expressos em convenção. E essa, sim, será considerada válida.

Dessa forma, as partes somente se valeriam da revisão e resolução judiciais e/ou arbitrais nos casos não expressamente previstos em convenção contratual e que preenchessem integralmente os requisitos previstos nos referidos dispositivos legais. Assim, a intervenção estatal ou arbitral não estaria descartada em situações não expressamente previstas na referida cláusula contratual, garantindo às partes o exercício da liberdade contratual, mas sem olvidar que é papel do Estado assegurar o equilíbrio contratual, a isonomia entre os contratantes, a boa-fé e a função social do contrato, além da legalidade das convenções contratuais.

Pode-se dizer que a diferença entre essa terceira corrente e a primeira é que a terceira se vale dos mesmos entendimentos da primeira, mas ressalva que a convenção sobre a alocação dos riscos deve conter previsões expressas e detalhadas sobre a assunção dos riscos da onerosidade excessiva para ser considerada válida, sendo vedada a cláusula genérica de renúncia ao direito de revisão ou resolução contratuais.

A conclusão do presente estudo é no sentido de que a posição da terceira corrente é a que melhor representa o ideal da autonomia privada, não violando normas de ordem pública ou tampouco a jurisdição estatal, conforme se verá adiante.

Apresentadas as posições doutrinárias sobre o tema, se verifica que o cerne principal da divergência está no enquadramento ou não das normas que tutelam o equilíbrio no curso da relação contratual como de ordem pública ou não, tendo em vista que os referidos dispositivos estariam apoiados nos princípios da função social do contrato e do equilíbrio contratual.

Ademais, como o objeto do presente estudo também aborda a validade do negócio jurídico que convenciona o afastamento das ações revisional e resolutive, convém analisar se também restaria violado o princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal.

Assim, se faz imperioso um estudo mais aprofundado da natureza das referidas normas para se verificar o limite de tal convenção contratual e sua validade à luz da ordem pública e da inafastabilidade da jurisdição estatal.

3.2

Limites à luz da ordem pública

O Código Civil brasileiro não possui qualquer indicativo ou previsão expressa no sentido de que as normas que visam restabelecer o equilíbrio contratual ou a ensejar sua resolução, no caso de desequilíbrio contratual por excessiva onerosidade – arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil –, teriam natureza cogente ou dispositiva, ao contrário do que se percebe com a codificação peruana, que dispõe, em tradução livre, que “É nula a renúncia à ação por onerosidade excessiva da prestação”.⁴⁰

Diante dessa omissão no Código Civil brasileiro, se faz necessário analisar os limites da autonomia privada da convenção que, por livre e consciente disposição contratual, venha modificar, restringir ou excluir o remédio legal do equilíbrio contratual, estabelecendo seus próprios critérios para a configuração da excessiva onerosidade, bem como convencionar o afastamento, definitivo ou temporário, das ações revisional e resolutive previstas nos referidos dispositivos, à luz da ordem pública.

Em outras palavras, o que se pretende analisar é “a possibilidade de os contratantes renunciarem, quando da contratação, ao direito futuro de pleitear a revisão e resolução do contrato por onerosidade excessiva superveniente, discussão que se relaciona diretamente ao fato de serem ou não tais normas qualificadas de ordem pública” (Dias, 2017, p.168).

Contudo, em primeiro lugar, será preciso investigar a natureza das normas constantes dos referidos dispositivos legais, de modo a verificar sua classificação, segundo sua força obrigatória, como normas imperativas (ditas também cogentes

⁴⁰ O Código Civil peruano, expressamente, prevê em seu art. 1.444º o seguinte: “Nulidad de la renuncia a la acción. Artículo 1444º. Es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación.”

ou de ordem pública) ou dispositivas (ditas supletivas ou permissivas) (Tepedino; Oliva, 2020, p.16), bem como seu enquadramento como normas de direito público, de direito privado e/ou como normas de ordem pública (Pereira, 2016, v.1, p.11-16).

Analisando o enquadramento dos referidos dispositivos segundo sua força obrigatória, de modo a se verificar se são regras “imperativas” ou “dispositivas”, pode-se dizer que as leis “imperativas” (ou “proibitivas”) são as que emanam um comando do qual ninguém pode escapar (*ius cogens*), que estabelecem princípios cuja manutenção é necessária à ordem social e são impostas, obrigatoriamente, a todos os indivíduos, sendo inderrogáveis ou impossíveis de serem afastadas pela vontade das partes. Em suma, essas normas ordenam a ação ou abstenção de conduta, sem qualquer alternativa ou opção diferenciada. Os direitos oriundos das normas imperativas não podem ser objeto de renúncia por aquele em cujo favor são instituídos, sendo ineficaz qualquer ato praticado nesse sentido.

Por outro lado, as normas “dispositivas” são aquelas que podem ser afastadas pelo ajuste dos interessados, ou seja, que se impõem supletivamente às partes. Elas instituem princípios não essenciais à organização e ao funcionamento do Estado e/ou da vida social e, por isso, não se impõem compulsoriamente. Caberá ao interessado se valer delas ou não. De outra senda, se identificam como “dispositivas” quando, por exemplo, o legislador se limita a permitir uma conduta, deixando à liberdade de cada um a opção de segui-las ou não. Na ausência da vontade das partes, essas leis são chamadas a atuar, sendo então aplicadas de ofício pelo juiz. No campo do Direito das Obrigações é que essas normas têm maior âmbito de aplicação.

Nem sempre é simples, à primeira vista, distinguir uma norma “imperativa” de uma norma “dispositiva”. A finalidade da lei e a intenção do legislador são examinadas, a cada caso, pelo intérprete, dentro do conjunto de fatores que cercam a situação jurídica enfocada, pois, raramente o legislador é expresso na disposição das normas imperativas. Em geral, se a norma tratar de tutela coletiva, garantias de liberdades ou proteção da família, por exemplo, a norma será imperativa. Se o interesse for puramente individual, a norma será dispositiva.

Com relação à análise sobre seu enquadramento como normas de direito público, de direito privado ou de ordem pública, importante asseverar que, a despeito de inexistir uma separação absoluta entre os dois primeiros grupos de

normas (público e privado), pode se considerar que “público” é o direito que tem por finalidade regular as relações do Estado com outro Estado ou do Estado com os particulares, “quando procede em razão do poder soberano, e atua na tutela do bem coletivo”, enquanto o direito “privado” é o que disciplina as relações entre pessoas singulares, nas quais “predomina imediatamente o interesse de ordem particular” (Pereira, 2016, v.1, p.14).

As normas de ordem pública, por sua vez, são de direito privado – pois lhes falta a participação estatal direta na relação criada –, que regem relações entre particulares, em que o Estado oferece maior relevo em razão do interesse público em jogo, pois essas normas atuam na tutela do interesse coletivo. Em outras palavras, são normas de direito privado porque instituem normatividade nas relações entre as pessoas, mas sua repercussão na vida coletiva e a imperatividade do comando estatal que os acompanha lhes conferem analogia com o direito público, denominando-se, por isso, de “leis, princípios ou regras de ordem pública”, inderrogáveis por vontade das partes e cujos efeitos não se pode renunciar.

Em uma análise dos arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil, tomando-se por base apenas a literalidade dos referidos dispositivos, a presença da palavra “poderá” ao invés de “deverá” em todos os quatro artigos sugere que as referidas normas sejam “dispositivas” e não “imperativas”, conforme entendimento de Khouri (2006, p.95). Em primeiro lugar, no art. 317, o legislador cita que “poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte”. No art. 478, o legislador dispõe que “poderá o devedor pedir a resolução do contrato”. No art. 479, o legislador menciona que “A resolução poderá ser evitada”. Por sua vez, no art. 480, o legislador, mais uma vez, faz constar que “poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida”. Assim, pela dicção dos textos das referidas normas, percebe-se que elas emanam um comando meramente dispositivo.

Ademais, também é possível concluir que as referidas normas são de direito privado, pois se prestam a regular a relação entre os indivíduos particulares, não se extraindo do texto dos referidos dispositivos qualquer tipo de intenção de regular relações do Estado com outro Estado ou do Estado com seus indivíduos. Importante ressaltar, nesse ponto, que as referidas disposições são normas do direito das obrigações, e que visam regular relações patrimoniais entre particulares. Contudo, a dúvida que paira é se teriam essas normas de direito privado repercussão na vida coletiva e a imperatividade do comando estatal, de modo a serem enquadradas como

normas de ordem pública. Esse parece ser o ponto nodal da controvérsia e que poderia levar ou não à validade da convenção em análise.

Assim, a julgar objetivamente pelo texto dos referidos dispositivos, conclui-se que eles poderiam ser enquadrados como normas dispositivas de direito privado. Contudo, referidas normas não podem ser analisadas apenas literalmente. Como ressaltado acima, existe uma divergência sobre a influência ou não dessas normas na vida coletiva, de modo a serem enquadradas simplesmente como normas de direito privado ou como normas de ordem pública. Nesta última hipótese se criaria o óbice da violação à ordem pública no caso de convenção que viesse a estipular qualquer modificação, restrição ou exclusão da tutela *ex lege* do equilíbrio contratual.

Com relação a esse ponto, observou-se que parte da doutrina entende que os arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil seriam instrumentos de defesa da função social do contrato positivada no art. 421 do Código Civil e do equilíbrio contratual, e, conseqüentemente, normas de ordem pública, conforme disposto no parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil – que tem grande relevância para a interpretação e compreensão do sentido da função social, em virtude de seu conteúdo mais abrangente e juridicamente mais impactante do que o primeiro –, razão pela qual não poderiam ser afastadas por vontade das partes. Para que se possa entender melhor esse posicionamento, ressalta-se, pelo entendimento de Gustavo Tepedino, Carlos Nelson Konder e Paula Greco Bandeira (2021, v.3, p.53), que a função social do contrato:

[...] impõe aos contratantes a obrigação de perseguir, ao lado de seus interesses privados, interesses extracontratuais socialmente relevantes, assim considerados pelo legislador constitucional, sob pena de não merecimento de tutela do exercício da liberdade de contratar.

De acordo com Aline de Miranda Valverde Terra, Carlos Nelson Konder e Giselda Sampaio da Cruz Guedes (2019, p.12):

[...] é amplamente difundida em doutrina a separação entre eficácia interna ou normatividade endógena da função social do contrato, que serviria para proteger interesses das partes (contra desequilíbrios e abusividades, por exemplo) e sua eficácia exógena, com relação à qual alguns autores reputam servir a tutelar interesses de terceiros individualizados (como no tocante à tutela externa do crédito)

e outros interesses da coletividade, atuando como limite interno da liberdade de contratar”

E é com base na eficácia interna da função social do contrato, que Paulo Magalhães Nasser (2011, p.162) se prende para defender que os dispositivos legais que tutelam a excessiva onerosidade não podem ser afastados e assevera que “a manutenção do equilíbrio é inerente à função social interna do contrato, a qual assegura às partes o acesso a um mecanismo de restabelecimento da equidade em face da onerosidade excessiva que acometa as prestações nos contratos de duração”.

No entanto, cumpre destacar que o art. 421 do Código Civil se configura numa cláusula geral, intencionalmente imprecisa, aberta, vaga, atemporal, por isso, importante que seja feita uma interpretação do referido dispositivo com certa cautela, uma vez que a autonomia privada e o *pacta sunt servanda* continuam sendo princípios contratuais com ampla incidência para os contratos, sejam paritários ou não. Isso quer dizer que, embora o princípio da função social dos contratos possa ser usado para mitigar, em certa medida, os efeitos das prestações a que se obrigaram as partes, isso não autoriza que as obrigações a que as partes se vincularam não sejam cumpridas.

Luiz Edson Fachin (2015, p.126) trouxe importante contribuição para o estudo da função social do contrato, defendendo que “o contrato que não atende sua função social é proscrito pelo ordenamento jurídico, incidindo sobre ele a nulidade absoluta”. Assim, com base no art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil, sustenta que é inválido qualquer negócio ou ato jurídico que contrariar essa disposição. Seguindo essa linha de pensamento defendida por Fachin na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, quando propôs enunciado dispondo que a função social dos contratos é condição de validade dos atos e negócios jurídicos em geral,⁴¹ foi aprovado na V Jornada de Direito Civil o Enunciado 431, dispondo que: “A violação do art. 421 conduz à invalidade ou à ineficácia do contrato ou de cláusulas contratuais.”

⁴¹ “[...] a função social dos contratos, prevista no art. 421 do novo Código Civil e definida como preceito de ordem pública pelo parágrafo único do art. 2.035 do novo Código Civil brasileiro, é condição de validade dos atos e negócios jurídicos em geral cujo cumprimento pode se averiguar *ex officio* pelo juiz.”

No que concerne aos efeitos do desatendimento da função social dos contratos, Fachin (2015, p.126) sustenta que, se o contrato foi firmado antes da vigência do Código Civil haverá ineficácia total ou parcial do negócio, mas se o contrato foi firmado depois da vigência do Código Civil haverá nulidade. Desse modo, pela conjugação das regras contidas nos arts. 157, 421 e 2.035, parágrafo único, do Código Civil, combinados com os arts. 5º, incs. XXII e XXIII, e 170, inc. III, da CRFB/88, se depreende que há plena possibilidade de se anular, judicialmente, negócio jurídico celebrado antes da vigência da atual codificação pela presença da lesão, desde que o contrato esteja gerando efeitos na vigência da atual codificação. Adotando a mesma linha de raciocínio, também é possível declarar nulo, por simulação, um contrato celebrado na vigência do Código Civil de 1916 que esteja gerando efeitos na vigência do atual Código Civil.

Claudio Luiz Bueno de Godoy (2007, p.195) entende que a função social do contrato reafirma a autonomia privada, não sendo a vontade excluída do procedimento formador dos negócios em geral, mas condicionada à verificação da consonância do ato de iniciativa das partes às escolhas e aos valores do sistema.

No ensinamento de Marcos Ehrhardt Júnior e Eroulths Cortiano Junior (2019, p.230), a função social do contrato serviria, na verdade:

[...] para corrigir distorções, injustiças e abusividades, trazendo o equilíbrio, mitigando os efeitos do contrato nas circunstâncias em que uma das partes é vulnerável e quando o caso requer sua aplicação.

Não nos parece razoável que juízes possam intervir de forma contundente em contratos civis e paritários, em que partes não vulneráveis, após longos meses de tratativas, tenham se obrigado a prestações que possam trazer riscos a uma ou ambas. Desse modo, no âmbito dos contratos empresariais, a intervenção judicial deve ser evitada. Ressalte-se que, no campo desses contratos, muitas vezes de forma consentida e ainda que não haja qualquer vulnerabilidade, uma das partes pode efetivamente firmar negócios que sabidamente envolvam maiores riscos, confrontando-se uma prestação com a outra.

Em suma, nos contratos classificados como empresariais, antes de o juiz intervir no contrato, necessário que se atenha aos elementos pré-contratuais relevantes que fizeram com que um dos contratantes, por exemplo, tenha se obrigado a uma prestação que, de forma refletida, poderia lhe trazer altos riscos.

De acordo com Ehrhardt Júnior e Cortiano Junior (2019, p.230), o princípio da função social do contrato teria como objetivo corrigir ou atenuar os efeitos dos negócios em circunstâncias especiais, mormente quando se verificasse a necessidade de mitigar os efeitos das prestações a que as partes estão vinculadas.

Nesse sentido, a função social do contrato visaria, portanto, à proteção da parte contra abusos praticados pela outra, devendo ser dirigida a quem dela efetivamente necessitasse, sem desvirtuar o instituto. Certo é que, independentemente da interpretação que se dê ao princípio da função social do contrato, este não pode ser utilizado para trazer insegurança jurídica.

Além disso, não obstante o disposto nos arts. 421 e 2.035 do Código Civil, eliminando-se as hipóteses especiais em que uma convenção contratual pode, efetivamente, violar a função social do contrato e, conseqüentemente, a ordem pública, o princípio da função social do contrato deve ser interpretado juntamente com o conjunto de normas que têm aplicação aos contratos, como as constantes no parágrafo único do art. 421 e no art. 421-A, este último incluído pela Lei nº 13.874/2019, do Código Civil, *in verbis*:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. (Incluído pela Lei nº 13.874/2019)

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

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

Da análise dos dispositivos transcritos se verifica que o Código Civil expressamente assegurou, nos incs. I e II do art. 421-A, a liberdade de as partes definirem os parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e seus pressupostos de revisão e/ou de resolução, bem como que a alocação de riscos definidos pelas partes deverá ser respeitada.

O parágrafo único do art. 421 e o inc. III do art. 421-A prestigiam a intervenção mínima nos contratos, a excepcionalidade e a limitação da revisão contratual, consagrando justamente a ideia de que as normas constantes dos dispositivos que regulam o reequilíbrio contratual no Código Civil devem ser utilizadas como exceção, em respeito ao *pacta sunt servanda*.

Tais regras fortaleceram a autonomia privada no que se refere à liberdade de contratar e estipular as situações em que as partes poderão revisar ou resolver o contrato no caso de desequilíbrio contratual, afastando a obrigatoriedade de se adotar as disposições dos arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil.

Dizendo de outra forma, as alterações acima mencionadas, inserida pela Lei da Liberdade Econômica no Código Civil, mitigam a intervenção estatal e relativizam o princípio do equilíbrio das relações contratuais, tornando excepcional a revisão contratual, trazendo a velha dicotomia entre a atuação do Estado-Juiz e a liberdade de contratar. Contudo, tais alterações não estão isentas de críticas, conforme declarou Gustavo Tepedino (2019, p.11): “Movida pelo propósito de fortalecer a autonomia privada e reduzir a intervenção dos juízes nas relações contratuais, a Medida Provisória nº 881 mostra-se atécnica, confusa e ociosa”.

Para fins de análise da possibilidade de afastamento da aplicação das regras dos arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil diante da ordem pública, cabe ressaltar, mais uma vez, que se trata de convenção amplamente negociada por partes paritárias, não havendo qualquer disparidade do poder negocial, ou seja, em um contexto em que a autodeterminação de ambas não sofra qualquer déficit relevante, razão pela qual não se haveria de negar a elas o direito de dispor da excessiva onerosidade superveniente da prestação. Além disso, tomando como premissa que o direito à revisão ou resolução contratual é um direito de consequências eminentemente patrimoniais e, portanto, um direito disponível, não haveria qualquer vedação à sua renúncia (Schunk, 2010, p.39).

Seguindo essa linha de raciocínio, no caso de contratos paritários, livremente negociados, ainda que um dos contratantes tenha se obrigado a uma prestação que, de forma refletida, poderia lhe trazer altos riscos, se pode concluir pela validade da convenção que modifique, restrinja ou a exclua a tutela *ex lege* prevista nos arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil e estabeleça expressamente em que hipóteses estaria configurada a onerosidade excessiva em determinado contrato, uma vez que o próprio Código Civil expressamente autorizou a gestão e a alocação do risco contratual nessas hipóteses, conforme se depreende do art. 421 e do 421-A do Código Civil.

3.3

Limites à luz do princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal

Convém analisar, ainda, se a convenção de gestão de risco que além de modificar, restringir ou excluir a tutela *ex lege* prevista nos arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil, estabeleça o afastamento, de forma definitiva ou provisória, da ação revisional ou da ação resolutiva previstas nos referidos dispositivos, também seria válida, à luz do princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal.

Sabe-se que a dificuldade de a Justiça Estatal promover soluções mais rápidas e efetivas aos conflitos, em responder ao crescimento exponencial do número de ações judiciais, além dos problemas atinentes à burocracia, estrutura inadequada, carência de juízes e servidores (Azevedo, 2002, p.15), vem provocando o colapso da máquina judiciária, levando à difusão dos meios alternativos de solução de conflitos, como a mediação,⁴² a arbitragem, a justiça restaurativa, a justiça desportiva e diversos procedimentos que passaram a ser admitidos extrajudicialmente, como o inventário, o divórcio e a usucapião consensuais (Salles, 2019, p.33).

Mais recentemente, o Projeto de Lei nº 6.204/2019, proposto no Senado Federal pela Senadora Soraya Thronicke (PSL/MS),⁴³ apresenta um plano mais amplo e ambicioso para a desjudicialização. Apoiado nos estudos dos professores Joel Dias Figueira Júnior, Flávia Pereira Ribeiro e André Gomes Netto, a proposta pretende disciplinar um procedimento inteiramente extrajudicial protagonizado pelos cartórios de protesto, cujos tabeliães funcionariam como agentes de execução e não apenas para a cobrança de títulos extrajudiciais, mas também títulos judiciais.

A notória sobrecarga processual do Poder Judiciário tem encontrado nesses métodos uma válvula de escape que poderá, em longo prazo, deixar para as vias

⁴² Sobre os meios alternativos de solução de conflitos, como a mediação, vide PONCIANO, Vera Lúcia Fiel. O controle da morosidade do judiciário: eficiência só não basta. Justiça Federal. Seção Judiciária do Paraná. 2015. Disponível em: <<http://www.tre-pr.jus.br/o-tre/escola-judiciaria-eleitoral/artigos/o-controle-da-morosidade-do-judiciario-eficiencia-so-nao-basta>>. Acesso em: 1 ago. 2021.

⁴³ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 6.204, de 2019. Senadora Soraya Thronicke (PSL/MS). Dispõe sobre a desjudicialização da execução civil de título executivo judicial e extrajudicial; altera as Leis n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996; 9.492, de 10 de setembro de 1997; 10.169, de 29 de dezembro de 2000; e 13.105 de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139971>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

judiciais ordinárias apenas aqueles casos em que a solução consensual for impossível ou indesejada, resultando no fenômeno da desjudicialização.

Conforme bem asseverou a Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça – STJ, em julgamento realizado em 17.04.2018:⁴⁴

A desjudicialização dos conflitos e a promoção do sistema multiportas de acesso à justiça deve ser francamente incentivada, estimulando-se a adoção da solução consensual, dos métodos autocompositivos e do uso dos mecanismos adequados de solução das controvérsias, tendo como base a capacidade que possuem as partes de livremente convencionar e dispor sobre os seus bens, direitos e destino.

A razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, da CRFB/88), a eficiência da prestação jurisdicional estatal (art. 37, caput, da CRFB/88) e a concretização do direito material devem ser observados. Devido processo (art. 5º, inc. LIV, da CRFB/88) é aquele que, ao mesmo tempo, proporciona em prazo razoável o exercício de garantias fundamentais e a efetivação adequada do direito material perseguido em juízo. Some-se a isso o fato de que, ao mesmo tempo em que assegura o direito de obtenção da solução integral do conflito em prazo razoável, incluída a fase executiva (art. 4º do CPC), a legislação processual impõe o dever de cooperação recíproca de todos os sujeitos processuais para que se alcance decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º do CPC). No entanto, o Poder Judiciário, muitas vezes, não fornece uma tutela jurisdicional eficiente, o que leva os operadores do direito a buscar outros meios de solução de conflitos e deixar o Judiciário como última saída.

Contudo, ao mesmo tempo não parece adequado tratar o Poder Judiciário como a *ultima ratio*. O Sistema Multiportas⁴⁵ propõe a substituição do modelo

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp. 1623475/P 3475/PR, Rel.: Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 17-04-2018, DJe 20-04-2018.

⁴⁵ “O Sistema de Múltiplas Portas (*Multidoor Courthouse System*) pode ser definido como um mecanismo de aplicação de métodos alternativos de resolução de conflitos no qual, a partir do conflito apresentado pelas partes interessadas em negociar, é disponibilizada uma variedade de meios ou ‘portas’, a fim de que se possa identificar qual a mais adequada para a propositura de um acordo eficaz e que seja cumprido e satisfatório por ambos os indivíduos. Tal sistema é amplamente utilizado nos Estados Unidos, especialmente em Estados como Flórida, Washington e Nova York. A idéia de se criar um mecanismo tal como o Sistema de Multiportas surgiu a partir de uma conferência (*Pound Conference*), realizada em 1976 que discutiu acerca da insuficiência do Poder Judiciário para atender a todas as demandas com justiça. Foi apresentada pelo professor da faculdade de Direito de Harvard Frank Sander e, a partir daí, tem se aprimorado e, atendendo a demanda da complexidade dos conflitos, vem apresentando novos métodos (ou portas) ao passo que novas formas de conflitos surgem” (SALES, L. M. de M.; DE SOUSA, M. A. O Sistema de Múltiplas Portas e o judiciário brasileiro. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, [S. l.], v.

tradicional e estático de tribunal por um centro de solução de disputas que forneça, simultaneamente e de formas coordenada, integrada, dinâmica, flexível e centralizada, as múltiplas portas de solução de disputas. Assim, o método judicial seria mais uma das alternativas adequadas de resolução de controvérsias e não, necessariamente, a última dentro de uma “teia de cooperação” que proporcione a integração permanente e entrelaçada entre os múltiplos métodos. Em outras palavras, o modelo multiportas visa oferecer uma variedade concomitante de técnicas integradas, complementares e adequadas de resolução de conflitos.

Em meio a todo esse cenário se deve ter em mente a necessária observância a um dos princípios mais importantes da Constituição Federal de 1988, que é o da inafastabilidade da jurisdição estatal, previsto em seu art. 5º, inc. XXXV,⁴⁶ o qual preceitua: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Esse princípio também está inserido no caput do art. 3º do Código de Processo Civil,⁴⁷ reservando ao Estado-Juiz o monopólio da jurisdição. Os demais comandos do art. 3º do CPC fornecem previsão jurídica e estimulam formas alternativas de solução de conflitos, como a arbitragem (§ 1º) ou os métodos autocompositivos (§§ 2º e 3º),⁴⁸ como a mediação e a conciliação.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição visa conferir aos jurisdicionados o direito de acesso à justiça, não apenas no seu aspecto formal aos órgãos do Poder Judiciário, ou seja, à Justiça Estatal, mas também o acesso a uma Justiça que ofereça proteção, tempestiva e efetiva, contra ameaça e/ou lesão a direito.⁴⁹

No entanto, sendo o direito ao recebimento de prestação jurisdicional em prazo razoável uma exigência da tutela jurisdicional efetiva, pois a demora nessa prestação cria insegurança jurídica, o princípio da inafastabilidade da jurisdição

5, n. 16, p.204–220, 2011. DOI: 10.30899/dfj.v5i16.360. Disponível em: <<https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/360>>. Acesso em: 19 ago. 2022).

⁴⁶ CRFB/88 – Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...].

⁴⁷ CPC – Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

⁴⁸ CPC – Art. 3º, § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

⁴⁹ E sobre o princípio da inafastabilidade, vide Aline de Miranda Valverde Terra e Leonardo Faria Schenk (2019), em que os citados professores conceituam detalhadamente “um dos princípios mais caros à ordem democrática brasileira”.

estatal não pode impedir a existência de instrumentos de autotutela no nosso direito pátrio (Greco, 2005, p.269).

Diante desse cenário em que o Poder Judiciário se apresenta cada vez mais assoberbado, tem-se observado que os métodos adequados de solução de conflitos constituem a nova tendência do direito processual porque, como opção à via jurisdicional ordinária, são mais céleres e tendem a proporcionar saída mais satisfatória aos litigantes ao final do procedimento.

Na mesma linha, mas sem depender, obrigatoriamente, da intervenção de terceiros (mediador, conciliador, árbitro, tabelião etc.), as cláusulas de gestão de risco se apresentam como valiosas soluções extrajudiciais de conflitos, permitindo, por exemplo, como visto no tópico anterior, que as partes estipulem em quais situações de desequilíbrio contratual deverão renegociar, revisar ou resolver determinado contrato.

Nesse sentido, se imaginou se seria válida, à luz do princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal, uma convenção de gestão de risco que, além de modificar, restringir ou excluir a tutela *ex lege* prevista nos arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil, estabeleça expressamente o afastamento definitivo ou temporário da ação revisional e/ou da ação resolutiva no caso de desequilíbrio contratual superveniente expressamente previsto, vedando que as hipóteses de desequilíbrio ali expressamente previstas sejam submetidas ao Poder Judiciário ou à arbitragem, caso não solucionadas consensualmente pelas partes.

Conforme ensina Pietro Perlingieri (2005, p.336), além do poder dos contratantes de regular, por si, seus próprios interesses, em ato de autonomia privada, estes gozariam do poder de tutelar, por si, tais interesses, em exercício da autotutela. Assim, seria possível que os contratantes elaborassem instrumentos de autotutela.

Nesse sentido, de acordo com Raquel Bellini de Oliveira Salles (2019, p.72):

Pode-se dizer que a autotutela representa, tradicionalmente, uma suplência pelo privado das funções estatais de tutela, e a sua proibição parte da pressuposição de que a proteção e o auxílio estatal são, em regra, imediatamente disponíveis. Mas hodiernamente, diante da morosidade e falibilidade da reação do Estado, em especial pela via judiciária, a devolução ao privado de funções estatais é prática cada vez mais recorrente, e não mais necessariamente em caráter subsidiário, o que se confirma pelo crescente recurso a meios alternativos e extrajudiciais de solução de conflitos.

No entanto, o recurso à autotutela não deve ser ilimitado e aplicável a todo e qualquer tipo de conflito de interesses, de modo que seria temerário um modelo de justiça exclusivamente privado. A autotutela deve ser admitida de forma controlada e limitada, como meio idôneo de defesa de interesses juridicamente protegidos.

Na seara contratual, os instrumentos de autotutela deverão respeitar, necessariamente, valores existenciais, submetendo-se, ainda, ao princípio da boa-fé objetiva, que guiará seu modo de operação, assegurando transparência e lealdade, e uma reação adequada e proporcional à lesão sofrida. Igualmente deverá se submeter ao princípio da vedação ao abuso, de modo que somente será legítimo o uso do instrumento se respeitada a respectiva função que lhe é juridicamente reconhecida. Assim, esses dois princípios funcionarão como filtros de controle dos instrumentos da autotutela contratual, de modo a assegurar a segurança jurídica e a confiança negocial.

Contudo, existem entendimentos divergentes acerca dos limites da autotutela: a) o primeiro é no sentido de que reserva-se ao Estado o monopólio da força e se proíbe o exercício das próprias razões, sendo a autotutela excepcional e apenas admitida quando expressamente prevista em lei (exemplos: direito de retenção, legítima defesa, compensação etc.), o que excluiria o recurso à analogia e a qualquer espécie “convencional” de autotutela (Geri, 1988, apud Salles, 2019, p.86); e, b) o segundo é no sentido de identificar “nas normas que estabelecem formas de autotutela intermediada por atos negociais um poder geral de autodefesa consensual, embasado no consentimento prévio e preventivo da parte contrária” (Puccini, Salvatore Romano, Salvestroni e Cesarini Sforza apud Saturno, 1995, p.217, apud Salles, 2019, p.89). Sob essa interpretação, a autotutela seria a expressão da autonomia privada, ou seja, um dos possíveis modos pelos quais os sujeitos autorregulam os próprios interesses e relações.

Assim, seguindo a linha de raciocínio de Raquel Salles (2019, p.53-54), se ao sujeito se confere, pela autonomia privada, o poder de criar normas, a este também deve ser conferido o poder de tutelar o direito advindo daquela norma por ele criada, em exercício da autotutela. Nesse sentido, seria possível a elaboração de instrumentos de autotutela não previstos em lei, pela “não excepcionalidade da autotutela contratual constitucionalizada” oriunda do “princípio da autonomia

privada, devidamente temperado pelos filtros de controle da boa-fé objetiva e da vedação ao abuso” (Salles, 2019, p.86-89).

Conforme as teorias de Ronald Dworkin (1977) e Robert Alexy (2002), a norma é gênero do qual são espécies os princípios e as regras. Nesse sentido, se pode concluir que a ausência de regra específica sobre um instrumento de autotutela não quer dizer que tal não seja admitido pelo ordenamento. Da mesma forma, a ausência de norma geral expressa não conduz, por si só, à excepcionalidade e à taxatividade da autotutela, posto que do conjunto de princípios jurídicos não se pode extrair uma contrariedade intrínseca da figura ao ordenamento.

O reconhecimento da autotutela com poder geral não excepcional, posto que fundado na autonomia privada, é útil para justificar maior abertura dos respectivos instrumentos para além das formatações tradicionais, o que se pretende com o estudo da convenção ora sob análise no presente tópico.

Para uma avaliação mais aprofundada sobre a convenção é possível tomar como exemplo de limitação temporária de acesso ao Poder Judiciário ou à arbitragem a cláusula de *hardship*, que se traduz em verdadeiro mecanismo de resolução amigável para solução de disputa, afastando o contrato, nesse momento prévio, da imperatividade de um julgador estatal ou mesmo de um tribunal arbitral, por determinado período de tempo e/ou desde que adotado até o final o procedimento estabelecido na referida cláusula.

O impedimento de se instaurar um procedimento arbitral ou um processo judicial antes de finalizado o prazo estipulado em uma cláusula de *hardship* (negociação de acordo com o procedimento estipulado) não caracterizaria a violação da inafastabilidade do controle jurisdicional, porque a referida cláusula não resulta no impedimento de acesso ao Poder Judiciário. Esta apenas impede que seja adotado um específico mecanismo de solução de controvérsias, por um determinado período, antes de se recorrer ao Poder Judiciário ou à arbitragem.

Outro exemplo de limitação temporária seria a cláusula escalonada, por meio da qual as partes estabelecem que, antes da instauração da arbitragem ou do ajuizamento de medidas judiciais, elas realizem, de forma prévia, uma negociação seguida de uma mediação e, por último, caso não cheguem a um acordo, elas possam buscar a via arbitral ou a judicial. Um exemplo da cláusula escalonada é a

cláusula “Med-Arb”, conforme se observa da cláusula modelo do CBMA – Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem, *in verbis*:⁵⁰

Todas as controvérsias oriundas ou relacionadas ao presente contrato serão encaminhadas ao CBMA – Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem para que sejam resolvidas, primeiramente, por mediação, nos termos do respectivo Regulamento. Não logrando êxito a mediação, a controvérsia será resolvida por arbitragem, nos termos do Regulamento do CBMA, por um ou mais árbitros nomeados nos termos do referido Regulamento.

Assim, conclui-se que a limitação temporária do acesso ao Poder Judiciário ou à arbitragem, por convenção, em tese, não teria o condão de violar o princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal, posto que não se chegaria às vias de fato da renúncia.

Com relação à renúncia total à jurisdição estatal, tem-se como exemplo típico a arbitragem. Por meio de convenção de arbitragem, as partes podem convencionar a renúncia à jurisdição estatal em favor da arbitragem, mas tal afastamento é autorizado, expressamente, pela própria Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996)⁵¹. Contudo, não seria essa a hipótese tratada nesse estudo, que visa, na verdade, a análise do negócio jurídico que prevê o afastamento total das ações revisional e resolutive tanto do juízo arbitral quanto do estatal.

Como visto acima, se ao sujeito se confere, pela autonomia privada, o poder de criar normas, a este também deve ser conferido o poder de tutelar o direito advindo daquela norma por ele criada, em exercício da autotutela, sendo possível, pois, por esse viés, a elaboração de instrumentos de autotutela não previstos em lei,

⁵⁰ A Cláusula Padrão de Mediação Prévia à Arbitragem pode ser consultada no sítio eletrônico do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CBMA, disponível em: <<https://cbma.com.br/mediacao/clausula-de-mediacao/>>. Acesso em: 19 ago. 2022.

⁵¹ Lei nº 9.307/96 – Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. [...]

Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

pela não excepcionalidade da autotutela contratual constitucionalizada, oriunda do princípio da autonomia privada. Conclui-se, então, que, se os contratantes têm o poder de regular por si seus próprios interesses em ato de autonomia privada, estes também gozariam do poder de tutelar, por si, tais interesses em exercício da autotutela, respeitados os princípios da boa-fé objetiva e da vedação ao abuso. Daí porque poderiam convencionar o afastamento total e definitivo das ações revisional e resolutive, previstas nos arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil.

Foi realizada pesquisa de jurisprudência feita nos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo, bem como no Superior Tribunal de Justiça, com vistas a localização de precedentes sobre a possibilidade de renúncia à tutela *ex lege* do equilíbrio contratual no caso de excessiva onerosidade, mas não foram localizados julgados que enfrentassem diretamente essa matéria.

Contudo, foram localizados alguns precedentes dos Tribunais de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça que tratam de renúncia de ação revisional, em relações locatícias, mas que os julgadores invocaram a disciplina geral da onerosidade excessiva e da teoria da imprevisão previstas no Código Civil, além dos princípios da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*) e da relatividade dos contratos (*inter alios acta*). Apesar de versarem sobre legislação específica (Lei de Locações) e do fato de a matéria de fundo não tratar exatamente do tema deste estudo, os referidos precedentes enfrentam a questão da renúncia à revisão contratual, ainda que de forma superficial.

O primeiro caso a ser analisado se refere à ação revisional de contrato de locação nº 1040068-68.2020.8.26.0100, ajuizada por Rep Jeans do Brasil Ltda. em face de D.A. Participações e Empreendimentos S.A., em 13 de maio de 2020, perante a 28ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP. A parte autora alegou na inicial, em síntese, que, em razão da restrição de circulação causada pela pandemia de Covid-19, encontrava dificuldades em arcar com o valor do aluguel do imóvel descrito no preâmbulo da peça, pois houve queda no faturamento, requerendo, portanto, concessão de tutela antecipada para (i) a suspensão do pagamento dos aluguéis, desde 20 de março de 2020 até o término das restrições causadas pela pandemia de Covid-19; e, (ii) a redução do aluguel em 50% após o isolamento social. No mérito, a parte autora requereu a confirmação dos pedidos formulados em tutela antecipada.

No dia 20 de maio de 2020 foi proferida decisão pelo juízo de primeiro grau, concedendo, parcialmente, a tutela de urgência de natureza cautelar para autorizar a suspensão do pagamento do valor locatício desde o fechamento da loja, em março de 2020, até o mês de julho de 2020, inclusive. A parte ré interpôs Agravo de Instrumento (nº 2135588-47.2020.8.26.0000), com pedido de liminar, distribuído à 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que foi proferida decisão em 18 de junho de 2020 concedendo efeito suspensivo para reduzir a suspensão dos aluguéis para 50% do valor contratado até o julgamento final do recurso.

No mérito, a 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu acórdão em 15 de julho de 2020, por meio do qual foi reformada a decisão agravada, limitando a suspensão da exigibilidade dos aluguéis ao percentual de 50% do valor contratado, pelo período estabelecido pelo Juízo prevento. No referido acórdão foi mencionada a existência de cláusula contratual, por meio da qual as partes da ação renunciaram ao direito à revisão do contrato de locação, a qual dispõe que: “Cláusula Sexta. [...] Parágrafo Quinto - As partes renunciam ao direito de rever o aluguel, através de ação revisional, durante a vigência deste contrato.” A referida Câmara de Direito Privado, ao julgar o Agravo de Instrumento em referência, sem se alongar muito na questão, justificou o afastamento da cláusula acima transcrita, nos seguintes termos:

O impacto econômico suportado, nesse contexto, pode ser conceituado como motivo imprevisível que afasta a renúncia de revisão e autoriza a aplicação do disposto no artigo 317 do Código Civil na hipótese em apreço: 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.

A sentença proferida em 1º de setembro de 2020 pelo Juízo da 28ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo julgou procedentes, em parte, os pedidos formulados pela autora, extinguindo o feito, com resolução de mérito, nos termos do art. 487, inc. I, do CPC, para acolher o pedido subsidiário, na mesma linha do que restou decidido pelo acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 2135588-47.2020.8.26.0000, determinando a redução de 50% do valor mensal locativo e demais obrigações decorrentes dos contratos de locação, devidos pela parte autora à parte ré, durante o período de março a julho de 2020, bem como que a parte

requerida suspenda as cobranças que excederem os valores mencionados na presente decisão, com relação ao débito mencionado nos autos, bem como condenou as partes ao pagamento de sucumbência recíproca.

As partes interpuseram Recursos de Apelação, tendo o recurso da autora sido desprovido e provido, em parte, o da ré pela 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. No entanto, o acórdão proferido, em 29 de janeiro de 2021, nos autos dos Recursos de Apelação interpostos pelas partes, replicou o mesmo fundamento do acórdão proferido no Agravo de Instrumento mencionado supra para justificar o afastamento da cláusula de renúncia à revisão, qual seja, o motivo imprevisível e o desequilíbrio das prestações, requisitos previstos no art. 317 do Código Civil para a configuração da onerosidade excessiva e viabilizar a revisão judicial/arbitral, deixando de trazer qualquer outra justificativa e tampouco de analisar a validade da cláusula de renúncia à revisão contratual convencionada pelas partes da referida ação revisional de aluguel. Adiante a transcrição da ementa, *in verbis*:

Locação. Ação revisional de aluguéis. Locação não residencial. Loja de roupas. Pandemia de Covid-19 que gerou impactos na economia e acarretou queda no faturamento da autora. Revisão do valor dos aluguéis que é possível com fundamento no art. 317 do Código Civil. Norma que trata apenas da revisão da obrigação, sem impor a resolução do contrato. Impossibilidade de utilização do imóvel, decorrente de fato imprevisível, que tornou desproporcional a obrigação assumida pela locatária. Circunstância que não se confunde com a transferência de risco da atividade exercida pela locatária à locadora e autoriza o afastamento de cláusula contratual pela qual as partes renunciaram ao direito à revisão do contrato de locação. Redução no valor do aluguel em 50% no período entre 20/03/2020 e julho de 2020. Impossibilidade de estender o desconto até o mês de dezembro. Abatimento restrito aos aluguéis e que não alcança outras obrigações eventualmente assumidas pela locatária. Sucumbência recíproca das partes, com decaimento da autora em maior extensão. Distribuição proporcional dos encargos sucumbenciais. Recurso da autora desprovido, provido em parte o da ré.⁵²

O segundo caso objeto de análise é uma ação revisional de aluguel nº 0003523-48.2015.8.19.0209, ajuizada por Gabius Participações e Administração de Bens Ltda. em face de Gotland Veículos Ltda., em 10 de fevereiro de 2015, perante a 3ª Vara Cível do Foro Regional da Barra da Tijuca. A parte autora requereu na inicial, em síntese, a fixação de aluguel provisório no valor de R\$ 120.000,00, que,

⁵² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP. 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 1040068-68.2020.8.26.0100. Rel.: Des. Milton Paulo de Carvalho Filho, julg. 29-01-2021. Grifou-se.

segundo o Juízo, corresponderia a 66,66% do valor do pedido, e de aluguel definitivo no valor de R\$ 150.000,00. O Juízo da 3ª Vara Cível do Foro Regional da Barra da Tijuca proferiu decisão interlocutória arbitrando o aluguel provisório no valor de R\$ 120.000,00, o que representaria um aumento de 800% (oitocentos por cento) sobre o encargo, atualmente, suportado pelo locatário.

Contra a referida decisão, a parte autora interpôs Agravo de Instrumento nº 0048798-65.2015.8.19.0000, distribuído à 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o qual foi parcialmente provido em 21 de outubro de 2015 para fixar o valor do aluguel provisório em R\$ 60.000,00, conforme se observa da ementa abaixo transcrita:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação revisional de aluguel não residencial. Arbitramento do aluguel provisório em R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), que representa uma elevação de 800% (oitocentos por cento) do valor previsto no contrato. Afastamento da cláusula de renúncia à revisão que se impõe. É possível alterar os termos de um contrato para restabelecer o equilíbrio econômico entre as partes. Art. 317 do Código Civil. Laudos técnicos divergentes. Redução do aluguel provisório ao patamar de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), de modo a não onerar de maneira tão ostensiva o locatário. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[Trecho do voto]: Contudo, em que pese toda argumentação trazida pelo recorrente, é possível alterar os termos de um contrato para restabelecer o equilíbrio econômico entre as partes, na forma do art. 317 do Código Civil [...] Isso porque, no curso da vigência do contrato, o cenário fático e econômico pode se alterar comprometendo a proporcionalidade das obrigações de uma parte perante a outra, razão pela qual este princípio tem sido mitigado, de forma que uma não se locuplete através do empobrecimento da outra.⁵³

Da mesma forma como ocorreu no caso anterior, o fundamento da 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro para promover a alteração do contrato foi a autorização constante do art. 317 do Código Civil para restabelecer o equilíbrio econômico do contrato, sob a justificativa de que, na vigência do instrumento, a alteração dos cenários fático e econômico pode comprometer a proporcionalidade das obrigações de uma parte perante a outra, o que permitiria o afastamento da cláusula de renúncia à revisão contratual. Após o julgamento do recurso de Agravo de Instrumento, as partes chegaram a um acordo que pôs fim à demanda.

⁵³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ. Agravo de Instrumento nº 0048798-65.2015.8.19.0000. Rel.: Des. Pedro Saraiva de Andrade Lemos, julg. 21-10-2015. Grifou-se.

Os dois julgados destacados supra trazem ao menos dois pontos para reflexão. O primeiro é que, não tendo sido questionada a validade da cláusula de renúncia à revisão, esta então teria sua validade reconhecida tacitamente. O segundo consiste na conclusão de que a referida cláusula foi afastada quando o magistrado entendeu ter ocorrido um evento imprevisível a ensejar a aplicação do disposto no art. 317 do Código Civil. Conclui-se dos referidos julgados que, apesar de não ter analisado a validade das referidas cláusulas, os dois acórdãos acabaram afastando-as.

Por fim, também é possível encontrar na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ entendimento em sentido contrário ao manifestado nos dois precedentes dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, citados acima. Como se verifica do acórdão proferido no Agravo Interno em Recurso Especial nº 1.650.333 – MG, interposto por José Clerio de Matos, sendo agravado o Banco Bradesco S.A., a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, em julgamento realizado em 28 de agosto de 2018, reconheceu que a invalidação da cláusula de locação garantida com renúncia de reajuste do valor do aluguel viola o equilíbrio da relação contratual, desprovendo o referido Agravo Interno. Adiante a ementa do aludido julgado do Superior Tribunal de Justiça – STJ:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. IMÓVEL NÃO RESIDENCIAL. ALUGUEL. REVISÃO DO VALOR. CLÁUSULA DE RENÚNCIA. VALIDADE. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. É firme a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a disposição contratual de renúncia à revisão do valor de aluguel de imóvel não residencial é compatível com os arts. 19 e 45 da Lei nº 8.245/1991. Precedentes. 3. A invalidação da cláusula de locação garantida com renúncia de reajuste do valor do aluguel viola o equilíbrio da relação contratual, quando o locatário alienou o bem objeto da locação em leilão, confiando na validade da referida disposição contratual, livremente assumida pelo arrematante/locador. 4. Agravo interno não provido.⁵⁴

A parte agravante sustentou em suas razões que o prazo da cláusula de renúncia de revisão do aluguel – vinte anos – viola a função social do contrato e destacou que a aquisição do imóvel foi realizada em leilão promovido pela instituição financeira locatária, não sendo possível a negociação dos termos do contrato de aluguel que deveria ser classificado como de adesão, pleiteando, por fim, o provimento do recurso para obter a invalidade da renúncia à revisão do

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.650.333 – MG. Rel.: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 28-08-2018. Grifou-se

aluguel. Já a parte agravada apresentou impugnação ao recurso afirmando que somente alienou o imóvel em leilão pela viabilidade da locação garantida, bem como que o agravante firmou a obrigação ciente das condições estabelecidas, devendo prevalecer o pactuado.

Verifica-se que a controvérsia objeto do acórdão do STJ ora analisado diz respeito ao exame da nulidade ou não de cláusula de contrato de locação de imóvel não residencial, que veda a revisão do valor do aluguel pelo prazo de duração do contrato (vinte anos). O acórdão recorrido, da lavra do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (tribunal de origem), havia reformado a sentença que atestava a licitude da cláusula, mediante os seguintes fundamentos:

[...] É cediço que a revisão do aluguel tem como objetivo adequar o encargo ao valor de mercado.

Também é sabido ser lícito ao locador ou ao locatário, inexistindo acordo, pleitear a revisão judicial do valor do aluguel, desde que já decorridos três anos do início do contrato ou do último acordo, conforme dispõe o art. 19 da Lei 8.245/91: [...]

Compulsando os autos, verifico que no contrato celebrado entre as partes (fls. 13/18) que tal prerrogativa foi vedada, restando assim consignado:

CLÁUSULA QUINTA – ALUGUEL PARÁGRAFO TERCEIRO: Em decorrência do que ficou avençado nos termos da Cláusula primeira desde contrato, fica expressamente vedado ao LOCADOR, durante o prazo de vigência deste contrato, pleitear sob qualquer forma a revisão do aluguel.

De acordo com a cláusula terceira de referido contrato, observa-se que o contrato celebrado entre as partes tem como prazo de duração vinte anos, prorrogável por tal período, sendo evidente que o valor primitivo do aluguel com os devidos reajustes anuais não acompanha os padrões mercadológicos da região.

A revisão é cabível nos casos em que o valor de aluguel esteja fora da realidade do mercado, tendo como intuito, como no presente caso, a proteção do locador quando os parâmetros de fixação de tais encargos são alterados. Tal fato pode ocorrer em razão da valorização do imóvel dada as peculiaridades da região, de forma que só a atualização pelo IGP-M não é suficiente para garantir o justo equilíbrio.

Dessa forma, não se mostra razoável que o locador seja obrigado a manter o valor do encargo locatício por longo período, notadamente quando há garantia legal de tal prerrogativa.

Em seu voto, o Relator do Agravo Interno no STJ, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, ressaltou que “sendo a cláusula de renúncia à revisão do aluguel disposição lícita, livremente pactuada pelo recorrente, violaria o equilíbrio contratual a sua invalidação pelo Poder Judiciário”, e que o entendimento adotado no acórdão proferido pelo TJMG destoa da jurisprudência daquela Corte Superior, firmada no sentido de que: “Não viola o art. 19 e nem o art. 45, ambos da Lei

nº 8.245/91 e, muito menos conflita com a súmula 357-STF, a disposição contratual, livremente pactuada pelas partes, na qual o locador renuncia ao direito de propor ação revisional de aluguel [...].”⁵⁵

Ademais, também é assente na jurisprudência daquela Corte Superior que a cláusula de renúncia da ação revisional está em consonância com o disposto na Súmula 357, do Supremo Tribunal Federal – STF, dispondo que: “É lícita a convenção pela qual o locador renuncia, durante a vigência do contrato, à ação revisional do art. 31 do Decreto 24.150, de 20-4-1934.”

Por fim, vale trazer à análise outro acórdão também da lavra do Superior Tribunal de Justiça – STJ, por meio do qual a Terceira Turma deu provimento ao Recurso Especial nº 1.409.849/PR, sob relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino para, prestigiando os princípios da obrigatoriedade (*pacta sunt servanda*) e da relatividade dos contratos (*inter alios acta*), restabelecer a cláusula contratual livremente pactuada entre as partes que previa, em contrato de locação de espaço em shopping center, o pagamento em dobro do aluguel no mês de dezembro, conforme se observa da ementa adiante transcrita:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO DE ESPAÇO EM SHOPPING CENTER. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 54 DA LEI DE LOCAÇÕES.

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial nº 243.283/RJ. Rel.: Min. Fernando Gonçalves, DJ 10-04-2000. No mesmo sentido: “AGRAVO INTERNO. LOCAÇÃO. VALOR PACTUADO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. CLÁUSULA DE RENÚNCIA. VALIDADE. PRECEDENTES.

1. Havendo, no contrato de locação, cláusula expressa de renúncia ao direito de revisão, fica impedida a alteração, no prazo original, do valor fixado para o aluguel. 2. Agravo interno ao qual se nega provimento” (Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp. 692.703/SP, Rel.: Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 07-06-2010). “RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. LOCAÇÃO DE ESPAÇO EM SHOPPING CENTER. CLÁUSULA CONTRATUAL LIMITADORA DO VALOR DA REVISÃO JUDICIAL DO ALUGUEL MENSAL MÍNIMO. RENÚNCIA PARCIAL. VALIDADE. PRESERVAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *PACTA SUNT SERVANDA*. 1. Ação declaratória de nulidade de cláusula contratual cumulada com pedido revisional do valor do aluguel mensal mínimo. 2. Recurso especial que veicula a pretensão de que seja reconhecida a validade de cláusula de contrato de locação de imóvel situado em shopping center que estabelece critérios para a revisão judicial do aluguel mensal mínimo. 3. O princípio do *pacta sunt servanda*, embora temperado pela necessidade de observância da função social do contrato, da probidade e da boa-fé, especialmente no âmbito das relações empresariais, deve prevalecer. 4. A cláusula que institui parâmetros para a revisão judicial do aluguel mínimo visa a estabelecer o equilíbrio econômico do contrato e viabilizar a continuidade da relação negocial firmada, além de derivar da forma organizacional dos shoppings centers, que têm como uma de suas características a intensa cooperação entre os empreendedores e os lojistas. 5. A renúncia parcial ao direito de revisão é compatível com a legislação pertinente, os princípios e as particularidades aplicáveis à complexa modalidade de locação de espaço em shopping center. 6. Recurso especial provido” (Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp. 1413818/DF, Rel.: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 14-10-2014).

COBRANÇA EM DOBRO DO ALUGUEL NO MÊS DE DEZEMBRO. CONCREÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA. NECESSIDADE DE RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA OBRIGATORIEDADE ("PACTA SUNT SERVANDA") E DA RELATIVIDADE DOS CONTRATOS ("INTER ALIOS ACTA"). MANUTENÇÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS LIVREMENTE PACTUADAS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Afastamento pelo acórdão recorrido de cláusula livremente pactuada entre as partes, costumeiramente praticada no mercado imobiliário, prevendo, no contrato de locação de espaço em shopping center, o pagamento em dobro do aluguel no mês de dezembro. 2. O controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos empresariais é mais restrito do que em outros setores do Direito Privado, pois as negociações são entabuladas entre profissionais da área empresarial, observando regras costumeiramente seguidas pelos integrantes desse setor da economia. 3. Concreção do princípio da autonomia privada no plano do Direito Empresarial, com maior força do que em outros setores do Direito Privado, em face da necessidade de prevalência dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da função social da empresa. 4. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.⁵⁶

No referido acórdão, a Corte Superior de Justiça reconheceu que a intervenção judicial deve ser reduzida nos contratos entre empresas pela igualdade da posição dos envolvidos na avença, ressaltando que o princípio da autonomia privada no plano do Direito Empresarial teria maior força do que em outros setores do Direito Privado, em face da prevalência dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da função social da empresa.

A conclusão da pesquisa jurisprudencial realizada é que não houve formação de jurisprudência nos Tribunais Pátrios e no Superior Tribunal de Justiça no que se refere à matéria afeta ao presente estudo. Já com base na análise dos precedentes judiciais colacionados acima, se verifica que a jurisprudência, ainda que versando sobre renúncia à revisão em matéria de locação, não atingiu desejável uniformidade quanto ao tema objeto do presente estudo - e tampouco com razoável fundamentação -, ora afastando a cláusula de renúncia à ação revisional, ora defendendo sua validade.

Diante desse cenário, caberá à doutrina se dedicar mais sobre o tema, tendo em vista sua relevância e, também, para dar supedâneo à formação da necessária jurisprudência sobre o tema central desse estudo.

4 Negócio jurídico material ou negócio jurídico processual?

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp. nº 1.409.849/PR. Rel.: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 26-04-2016. Dje, 05-05-2016. Grifou-se.

Também se faz necessário analisar se essa convenção seria um negócio jurídico e/ou um negócio jurídico processual, quais os requisitos de existência, validade e eficácia destes e, ainda, se poderia ser qualificada como um *pactum de non petendo*.

Na seara do que se aborda no presente trabalho é possível que sujeitos, por meio de contrato particular, celebrem negócios jurídicos que podem determinar regras e condutas de direito privado, mas esses negócios também podem ter uma vertente processual, hipótese em que serão chamados de negócio jurídico processual e/ou convenções processuais.

No caso específico da cláusula de gestão do risco contratual que prevê as hipóteses de renegociação, revisão e resolução extrajudiciais e, ainda, renúncia ou a limitação da tutela *ex lege* do reequilíbrio contratual e das ações revisional e resolutiva, as partes estariam, em tese, acordando sobre questões de direito material, mas, também, convencionando sobre direito processual. Para que se possa entender seus limites convém verificar se tal convenção contratual é negócio jurídico e/ou negócio jurídico processual, e se esta poderia ser qualificada como um *pactum de non petendo* (Cabral, 2020, p.18).

Para se identificar as principais características para a qualificação do negócio jurídico processual é importante retornar à base dogmática clássica dos negócios jurídicos, com raízes no Direito Civil.

No entanto, antes de se entrar na análise dos elementos qualificadores do negócio jurídico e do negócio jurídico processual, importante esclarecer que a expressão da autonomia privada será empregada, em vez da expressão autonomia da vontade, quando se fizer referência ao poder que o particular tem de se autorregulamentar, uma vez que, de acordo com a doutrina civilista clássica, a autonomia da vontade, na definição de Francisco Amaral (2018, p.465), deve ser utilizada como:

[...] manifestação de liberdade individual no campo do direito, e autonomia privada, como poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas, isto é, o poder de alguém de dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse

ordenamento, constituído pelo agente, diversa, mas complementarmente ao ordenamento estatal.

4.1

Requisitos de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos

O negócio jurídico propriamente dito pode ser definido como “o regulamento de interesses estipulado pela autonomia privada, ou autorregulamento ou ato jurídico apto a regular interesses” (Tepedino; Oliva, 2020, p.239). Na definição técnica de Antonio Junqueira de Azevedo (2002, p.16):

In concreto, negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide.

Os elementos de existência dos negócios jurídicos são, tradicionalmente, classificados em “essenciais” (*essentialia negotii*), “naturais” (*naturalia negotii*) e “acidentais” (*accidentalia negotii*) (Marino, 2011, p.35-36). Os elementos “essenciais”, como o próprio nome sugere, são aqueles indispensáveis, insuscetíveis de serem afastados pelas partes, que formam a substância e sem os quais o negócio jurídico não existe. Por sua vez, os elementos “naturais” são aqueles que defluem da natureza do negócio jurídico, em outras palavras, são as consequências que decorrem dos próprios atos. Quanto aos elementos “acidentais”, são estipulações que, facultativamente, se adicionam ao ato para promover a modificação de uma ou mais de suas consequências naturais (Azevedo, 2002, p.26-27).

A fim de verificar se os negócios jurídicos obtêm plena realização, estes devem ser examinados em três planos distintos: (a) “plano da existência” (elementos do negócio jurídico); (b) “plano da validade” (requisitos do negócio jurídico); e, (c) “plano da eficácia” (Azevedo, 2002, p.24).

Tudo aquilo que oferece “existência” ao negócio jurídico, no campo do direito, é considerado elemento do negócio jurídico. No plano da “existência”, a classificação dos elementos dos negócios jurídicos é a seguinte: a) “elementos gerais”, comuns a todo e qualquer negócio jurídico; b) “elementos categoriais”,

próprios de cada tipo de negócio; e, c) “elementos particulares”, aqueles que existem em um negócio determinado, sem serem gerais ou categoriais (condição, termo ou encargo).

Entre existir e produzir efeitos, o negócio jurídico precisa valer. A “validade” é a qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, pois deve estar de acordo com as regras jurídicas (“ser regular”). Seus requisitos são as qualidades que a lei exige nos elementos do negócio para que este seja válido. Assim, os requisitos dos “elementos gerais intrínsecos” são: a) “declaração de vontade” resultante de (i) “um processo volitivo”; (ii) “querida com plena consciência da realidade”; (iii) “escolhida com liberdade”; e, (iv) “deliberada sem má-fé”; b) “objeto” deverá ser: (i) “lícito”; (ii) “possível”; e, (iii) “determinado” ou “determinável”; c) “forma” será: (i) “livre”, se não houver exigência da lei; ou (ii) “*forma prescrita em lei*”; e, d) “circunstâncias negociais”.

Os requisitos dos “elementos gerais extrínsecos” são: a) “agente capaz e legitimado para o negócio”; b) “tempo”; e, c) “lugar”.

Por sua vez, os requisitos dos “elementos categoriais” são aqueles do tipo de negócio jurídico escolhido pelas partes, que deverá seguir determinado regime jurídico. Assim, entre as regras a que o tipo escolhido está submetido estão aquelas que preveem as qualidades que seus elementos categoriais precisam ter para os negócios serem válidos como aquele tipo de negócio.

Por fim, os requisitos dos “elementos particulares” são que: a) “condição não poderá ser: impossível, ilícita, potestativa, que privem de todo o efeito o ato, perplexas (incompreensíveis ou contraditórias), que seja aposta aos *actus legitimi*, que consiste em fato fisicamente impossível e a de não fazer coisa impossível”; b) “termo não poderá ser colocado em *actus legitimi*”; e, c) “encargo se ilícito ou impossível será nulo, mas o ato de liberalidade, em princípio, será válido”.

O terceiro e último plano é o da “eficácia jurídica” dos atos válidos. Cabe ressaltar que existem duas situações excepcionais que são a eficácia do ato nulo e a ineficácia do ato válido, pois existe o ato válido ineficaz (mandatário agindo fora dos limites do mandato), como também o ato nulo eficaz (casamento putativo). Os fatores de eficácia do negócio jurídico podem ser divididos em três espécies: a) “fatores de atribuição da eficácia em geral”, sem os quais o ato praticamente não produz nenhum efeito; b) “fatores de atribuição da eficácia diretamente visada”, que são aqueles indispensáveis para que um negócio que já é, de algum modo, eficaz

entre as partes produza os efeitos diretamente visados; e, c) “fatores de atribuição da eficácia diretamente visada”, que são aqueles indispensáveis para que um negócio, com plena eficácia, produzindo os efeitos visados, dilate seu tempo de atuação, tornando-se oponível a terceiros ou até mesmo *erga omnes*. Existe também a possibilidade de que, uma vez existindo, valendo e produzindo efeitos, o negócio venha, depois, por causa superveniente, a se tornar ineficaz, ocorrendo ineficácia superveniente com resolução do negócio.

Examinando o negócio jurídico em seus planos de existência, validade e eficácia, torna-se simples dizer quando ele inexistente, quando não vale e quando é ineficaz. Assim, como bem definiu Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p.63):

Se, no plano da existência, faltar um dos elementos próprios a todos os negócios jurídicos (elementos gerais), não há negócio jurídico; poderá haver um ato jurídico em sentido restrito ou um fato jurídico, e é a isso que se chama “negócio inexistente”. Se houver os elementos, mas, passando ao plano da validade, faltar um requisito neles exigido, o negócio existe, mas não é válido. Finalmente, se houver os elementos e se os requisitos estiverem preenchidos, mas faltar um fator de eficácia, o negócio existe, é válido, mas ineficaz (ineficácia em sentido restrito).

Em conclusão é possível dizer que há, no plano da existência, o negócio existente e o negócio inexistente; no plano da validade, o negócio válido e o negócio inválido (subdividido em nulo e anulável); e, no plano da eficácia, o negócio eficaz e o negócio ineficaz em sentido restrito.

Evidente que a específica redação de determinada cláusula influenciará na análise do preenchimento dos requisitos supra, mas, de maneira em geral, estando presentes tais requisitos de existência, validade e eficácia, o negócio jurídico estará aperfeiçoado.

Por outro prisma, os “negócios jurídicos processuais” ou “convenções processuais” são fruto da autonomia privada, com origem no Direito Civil, e “espécies de negócios jurídicos que se caracterizam, porém, como processuais, por terem como finalidade produzir efeitos em um processo, presente ou futuro” (Alvim, 2020, p.50). Ao compreender sua estrutura dogmática, o intérprete poderá identificar eventuais invalidades (de direito material e de direito processual),⁵⁷ seus limites e a função por eles desempenhada no caso concreto.

⁵⁷ “Como qualquer negócio jurídico, os negócios jurídicos processuais passam pelo plano da validade dos atos jurídicos. Também como qualquer negócio jurídico, o negócio jurídico processual

Para Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (2013, p.59-60), o negócio jurídico processual seria a aplicação da vontade consciente (oriunda do negócio jurídico propriamente dito) às normas de direito processual.

Antonio do Passo Cabral (2020, p.137) discorre que as partes não seriam mais meros provocadores iniciais ou expectadores incapazes de interferir no procedimento e as regras aplicáveis ao processo também não seriam sempre aquelas legisladas, previstas no ordenamento jurídico. Os acordos processuais estão umbilicalmente ligados à divisão de trabalho entre os sujeitos do processo e aos poderes do Juiz “que devem ser conjugados com as prerrogativas das partes, com equilíbrio, equivalência e coordenação, não numa ultrapassada relação de hierarquia e supremacia”.

A intenção do legislador foi de permitir que as partes se utilizem de instrumentos convencionais, com a repartição de poder no processo “numa relação de coordenação própria do formalismo processual contemporâneo” (Cabral, 2020, p.139).

Foi inspirado no direito inglês (*case management*) e no direito francês (*contrat de procédure*) (Neves, 2016, p.389) e com base no espírito de consensualidade que o legislador do Código de Processo Civil introduziu no ordenamento jurídico brasileiro uma cláusula geral de convencionalidade processual (Cabral, 2020, p.146-147), concedendo às partes a possibilidade de ajustar o procedimento às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

pode ser invalidado apenas parcialmente (Enunciado 134 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis). A convenção processual é autônoma em relação ao negócio principal em que estiver inserida. A invalidade do negócio principal não implicará, necessariamente, a invalidade da convenção processual. Essa regra, existente para a convenção de arbitragem (art. 8º da Lei 9.307/1996), estende-se a todas as demais convenções processuais, por analogia. Assim, para serem válidos, os negócios processuais devem: (a) ser celebrados por pessoas capazes; (b) possuir objeto lícito; (c) observar forma prevista ou não proibida por lei (arts. 104, 166 e 167 do CC/2002). O desrespeito a qualquer desses requisitos implica nulidade do negócio processual, reconhecível *ex officio* nos termos do parágrafo único do art. 190 do CPC/2015. A decretação de invalidade processual deve obedecer ao sistema das invalidades processuais, o que significa dizer que não haverá nulidade sem prejuízo” (DIDIER Jr., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. **Revista Brasileira da Advocacia**, v. 1, abr.-jun. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_ser_vicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBA_n.01.04.PDF>. Acesso em: 19 ago. 2022). Para Antonio do Passo Cabral adota-se, quanto a esse ponto, o duplo suporte fático, na medida em que as convenções processuais com elementos de direito material e de direito processual não se misturam em sua natureza. Pode ser que uma nulidade de uma convenção sobre direito material não interfira sobre a outra parte do acordo, de direito processual. Isto pode ocorrer ou não (CABRAL, 2020, p.116-118).

Nessa linha, a maior expressão da liberdade das partes no processo civil seria a máxima do princípio dispositivo, que indica o poder dos litigantes de iniciar o processo (provocando a jurisdição), de conformar o objeto do processo (apresentando a pretensão e limitando a sentença pela aplicação da regra de adstrição ou congruência), e de dispor/renunciar *in totum* do conteúdo da situação litigiosa (transação).

O princípio dispositivo tem base constitucional e garante ao litigante não apenas a iniciativa de propor a demanda pelo direito de ação, mas também uma ampla margem de liberdade de atuação processual em razão de sua vontade.

Ao lado do princípio dispositivo ressalta-se o princípio do debate (também designado princípio dispositivo em sentido processual), que é técnico e regente da autonomia e liberdade dos sujeitos do processo, não apenas no que toca à disponibilidade sobre o direito material, mas também sobre as situações processuais. Assim, em suma, nas palavras de Antonio do Passo Cabral (2020, p.141):

O princípio dispositivo estabelece a disponibilidade sobre a cognição e decisão a respeito do direito material. E o princípio do debate atribui às partes autonomia para a condução do procedimento e lhes autoriza abrir mão de direitos fundamentais processuais.

Além do princípio do debate e do dispositivo, existe ainda o princípio do respeito ao autorregramento da vontade, que seria a ferramenta que materializa o direito fundamental à liberdade dentro do processo civil.

Importante consignar que alguns autores, como Pontes de Miranda (1954), entendem existirem algumas diferenças terminológicas para que se possa compreender o campo de aplicação da autonomia da vontade no processo civil. Nesse particular, o autor entende que a expressão “autonomia da vontade” deve ser afastada, uma vez que esta impediria a atuação da vontade no direito público. Assim, apenas a expressão “autorregramento da vontade” compreenderia, de forma completa, além do tradicional campo da autonomia privada, outros campos marcados pela atuação do direito público.⁵⁸

⁵⁸ Veja-se o trecho em que o autor faz essa afirmação: “Evite-se, outrossim, chamá-la autonomia privada, no sentido de *auto-regramento da vontade de direito privado*, porque, com isso, se elidiria, desde a base, qualquer auto-regramento da vontade em direito público, – o que seria falsíssimo. O

Fredie Didier Jr. (2021, p.22) ensina que:

O princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo visa, enfim, à obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas. De modo mais simples, esse princípio visa tornar o processo jurisdicional um espaço propício para o exercício da liberdade.

Embora o princípio do respeito ao autorregramento da vontade não esteja previsto expressamente no Código de Processo Civil atual, este deve ser inserido no rol de normas fundamentais do processo civil, pois está contido implicitamente no referido diploma legal ao estimular, por meio de uma gama de dispositivos, a resolução de conflitos da forma que mais se adapta a cada situação, em vez de estabelecer a jurisdição estatal como a melhor opção para eliminar as controvérsias.

Por meio do autorregramento, as partes processuais podem regular juridicamente seus interesses, adequando e definindo o que julgam melhor e mais conveniente. Pode-se verificar o exercício do autorregramento da vontade na liberdade de: (i) negociação; (ii) criação; (iii) estipulação; e, (iv) vinculação (Nogueira, 2016, p.137).

Fredie Didier Jr. (2015, p.167-172) esclarece que a existência do princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil não se contrapõe ao modelo processual cooperativo. Isto porque, respeitar as liberdades dos litigantes não significa podar a atribuição de poderes dos órgãos jurisdicionais – principalmente tendo em vista que tais liberdades não são ilimitadas.

Nessa linha de convicções, para assegurar certo equilíbrio entre as normas cogentes processualistas e a liberdade das partes quanto ao procedimento, a melhor opção seria a utilização dos próprios princípios provenientes da Constituição Federal de 1988 para estabelecer limites aos negócios jurídicos processuais.

Da mesma forma que o princípio do respeito ao autorregramento da vontade assegura o respeito ao direito fundamental à liberdade, os demais princípios constitucionais também conferem proteção a outros direitos fundamentais, mantendo-se, assim, o equilíbrio das normas de nosso ordenamento jurídico.

que caracteriza o auto-regramento da vontade é poder-se, com ele, compor-se o suporte fáctico dos atos jurídicos com elemento nuclear da vontade. Não importa em que ramo do direito” (Pontes de Miranda, t.III, 1954, p.56).

Como visto, o Código de Processo Civil consagrou de uma vez por todas o negócio jurídico processual, que está inserido no contexto das ideias de autonomia e cooperação que norteiam aquele diploma legal e que devem ser utilizadas para que o resultado célere e eficaz seja alcançado.

Os negócios jurídicos processuais são classificados como “típicos” ou “atípicos”. Os negócios jurídicos processuais “típicos” são aqueles taxados no CPC como tal e os “atípicos” são aqueles que não estão previstos no CPC, mas que podem ser criados pelas partes, com base na cláusula geral constante do art. 190 do Código de Processo Civil.

Negócios processuais podem ter mais ou menos autonomia privada, dependendo ou não de homologação estatal para sua eficácia, bem como resultar na disposição de direito material ou processual, serem escritos ou verbais, públicos ou privados, expressos ou tácitos. Além disso, existem dois momentos para realizar o negócio jurídico processual: antes e/ou durante a litispendência. O negócio jurídico é processual se repercutir em processo atual ou futuro, de modo que é possível inserir uma cláusula de negócio processual já regulando eventual processo futuro que diga respeito àquela negociação.

Entretanto, existem limites para sua realização, alguns deles determinados pelo próprio art. 190 do Código de Processo Civil e outros que já estão sendo delineados pelo entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Pode-se dizer, inicialmente, que como qualquer negócio jurídico, os negócios processuais passam pelo plano de validade dos atos jurídicos, podendo ser invalidados apenas parcialmente. As convenções processuais são autônomas em relação ao negócio principal, de modo que a invalidade do negócio principal não implicará, necessariamente, na invalidade da convenção processual.⁵⁹ Essa regra existe para a convenção de arbitragem (art. 8º da Lei nº 9.307/96) e deve se estender, por analogia, a todas as demais convenções processuais (Didier Jr., 2021, p.35).

Importante destacar que nos negócios jurídicos processuais deve haver uma correção formal, com a combinação de requisitos do direito material e do direito processual para sua formação, operada por regras substanciais e processuais.

⁵⁹ Nesse sentido, vide Enunciado 409 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A convenção processual é autônoma em relação ao negócio em que estiver inserta, de tal sorte que a invalidade deste não implica necessariamente a invalidade da convenção processual.”

Para que sejam válidas, as convenções processuais devem possuir os mesmos requisitos mínimos das convenções de direito material, quais sejam: (i) pessoas capazes; (ii) objeto lícito; e, (iii) forma prevista e não defesa em lei (arts. 104, 166 e 167 do Código Civil).⁶⁰

Somados a esses devem ser respeitados aqueles requisitos intrínsecos aos negócios jurídicos processuais, ou seja, devem ser verificadas a legitimidade *ad actum*, a capacidade de estar em juízo, a capacidade postulatória, a possibilidade ou não de autocomposição e a igualdade entre as partes.

A legitimidade *ad actum* está ligada à titularidade da situação processual, pois as partes não podem deliberar sobre situações jurídicas que estejam fora de sua esfera de autonomia. Caso o negócio jurídico seja celebrado dentro do processo judicial (ou seja, posteriormente à instauração) a capacidade das partes deve abranger tanto o direito material quanto o direito processual.

Uma vez verificada a capacidade das partes, bem como a titularidade das situações processuais, passa-se à análise da existência de situação de igualdade entre as partes e se a situação jurídica é passível de autocomposição. De maneira bastante genérica é possível dizer que os direitos que admitem a autocomposição são aqueles em que há maior prevalência dos interesses privados das partes. Nessa linha de raciocínio, por exemplo, não admitem autocomposição processos que

⁶⁰ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

[...]

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

envolvam direitos e garantias constitucionais, princípios fundamentais, questões de direito ambiental e penal.

Importante ressaltar que não há um parâmetro específico ou único para definir a licitude do objeto da convenção processual, mas existem alguns institutos que, à luz dos princípios constitucionais que regem o processo, devem balizar sua validade, como a boa-fé, a cooperação, a igualdade entre as partes e a proporcionalidade.

As convenções processuais apenas podem ser revogadas por aqueles que a firmaram, o que exclui a possibilidade de revogação judicial. No entanto, o juiz pode anular ou declarar nulo os negócios jurídicos processuais celebrados pelas partes, bem como se recusar a aplicá-los quando forem inseridos abusivamente em contrato de adesão ou se uma das partes se encontrar em manifesta situação de vulnerabilidade, conforme norma contida no parágrafo único,⁶¹ do art. 190 do Código de Processo Civil.

Assim, o primeiro limite que se pode mencionar está previsto no próprio artigo que consagrou a cláusula geral dos negócios jurídicos processuais: são os requisitos formais previstos no parágrafo único do art. 190 do Código de Processo Civil. Além dele, também é limite a exigência de a mudança procedimental estar vinculada às especificidades da causa e à vedação de as partes convencionarem sobre as posições jurídicas do juiz.

Em outras palavras, não estão as partes autorizadas a acordar sobre a realização de atos procedimentais, ônus, faculdades e deveres processuais que vinculem o juiz, sobretudo no que se refere às garantias processuais, que não admitem preterição.

Além disso, só se pode convencionar sobre questões de procedimento e não sobre questões do processo. Em suma, regras de processo não podem ser convencionadas, pois não são negociadas, mas as regras de procedimento sim.

Importante também reconhecer que a autonomia das partes no processo não é absoluta, havendo requisitos e limites que devem ser respeitados quando da celebração das convenções processuais, além, é claro, das normas processuais

⁶¹ Art. 190. [...] Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

cogentes, que também não podem ser objeto do negócio jurídico processual. São exemplos de normas cogentes aquelas relativas à competência absoluta,⁶² que não podem ser modificadas pela vontade das partes e as que determinam a intervenção do Ministério Público.⁶³

Para Daniel Amorim de Assumpção Neves (2016, p.389), a principal limitação à celebração da convenção processual é o devido respeito às normas fundamentais do processo. No entanto, Assumpção Neves (2016, p.321) aponta em sua obra que nem sempre a violação ao devido processo legal como limite é clara. Vide, por exemplo, uma convenção processual que tenha por objeto a renúncia ao direito recursal, que poderia ser entendida como uma violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Fica evidente, portanto, a dificuldade em se estabelecer os limites quando se trata de violação à norma fundamental do processo, pois muitos dos acordos que, a princípio, parecem se revestir de legitimidade e validade podem ser questionados no futuro e até mesmo obstados por violação de normas fundamentais.

Cumprе destacar, nesse contexto, o Enunciado 6 do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Civis), o qual assevera: “O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação.”⁶⁴ Existe, contudo, um claro cenário de insegurança jurídica nas convenções processuais atípicas, o que dificulta seu uso e sua aplicação com maior frequência, sendo o grande desafio do Poder Judiciário analisar essas convenções e exercer seu controle judicial, limitado a sua validade.

Em 28 de abril de 2021, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, ao analisar a validade de uma convenção processual, destacou que:

A modificação do procedimento convencionada entre as partes por meio do negócio jurídico sujeita-se a limites, dentre os quais ressaí o requisito negativo de não dispor sobre a situação jurídica do magistrado. As funções desempenhadas pelo juiz no

⁶² Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC – Enunciado 20: “Não são admissíveis os seguintes negócios jurídicos bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da 1ª instância.” Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 1 ago. 2021.

⁶³ Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC – Enunciado 254: “É inválida a convenção para excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica.” Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 1 ago. 2021.

⁶⁴ Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC – Enunciado 6. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 1 ago. 2021.

processo são inerentes ao exercício da jurisdição e à garantia do devido processo legal, sendo vedado às partes sobre elas dispor⁶⁵.

Anteriormente, no ano de 2017, o Superior Tribunal de Justiça – STJ havia se posicionado sobre a esfera de interferência do juiz nas convenções processuais:

Dentre os poderes atribuídos ao juiz para o controle dos negócios jurídicos processuais celebrados entre as partes está o de delimitar precisamente o seu objeto e abrangência, cabendo-lhe decotar, quando necessário, as questões que não foram expressamente pactuadas pelas partes e que, por isso mesmo, não podem ser subtraídas do exame do Poder Judiciário.⁶⁶

Com relação à necessidade ou não de homologação para a produção de efeitos, a regra é a dispensa da homologação judicial dos negócios processuais atípicos baseados no art. 190 do Código de Processo Civil, que tenham por objeto as situações jurídicas processuais, conforme dispõe o caput do art. 200⁶⁷ do mesmo diploma processual legal. Como se verifica do mencionado dispositivo, as convenções processuais produzem imediatos efeitos, salvo se as partes convencionarem de forma diferente ou se elas modularem a eficácia do negócio, com inserção de uma condição ou termo (Didier Jr. & Nogueira, 2013, p.151-152).

No entanto, negócios jurídicos que tenham por objeto mudanças no procedimento sujeitam-se à homologação pelo juiz para que produzam efeitos, como é o caso, por exemplo, da desistência da ação (§ 1º do art. 200 do CPC)⁶⁸ e da organização consensual do processo (art. 357, § 2º, do CPC).⁶⁹ A necessidade de

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp. 1810444/SP, Rel.: Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 23-02-2021, DJe 28-04-2021.

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp. 1738656/RJ, Rel.: Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 03-12-2019, DJe 05-12-2019.

⁶⁷ CPC – Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais. Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.

⁶⁸ CPC – Art. 200. [...] Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.

⁶⁹ CPC – Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

[...]

§ 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

homologação de um negócio jurídico processual deve estar prevista em lei. Nesses casos, os negócios jurídicos processuais somente produzirão efeitos após a homologação, sendo essa uma condição legal de eficácia do negócio jurídico processual.

O objeto do negócio é o ponto mais sensível na dogmática da convenção processual atípica, sendo necessário que se criem padrões dogmáticos seguros para o exame da licitude do seu objeto. As principais diretrizes gerais que podem ser utilizadas para tanto são: a) *in dubio pro libertate*; b) a negociação atípica somente pode se realizar em causas que admitam solução por autocomposição, conforme disposto no caput do art. 190 do CPC; c) tudo o que se sabe sobre a licitude do objeto do negócio jurídico privado se aplica ao negócio processual; d) sempre que “regular expressamente” um negócio, a lei delimitará os contornos de seu objeto; e) sempre que a matéria for de reserva legal, a negociação processual em torno dela é ilícita; f) não se admite negócio processual que tenha por objeto afastar regra processual que sirva à proteção de direito indisponível; g) é possível inserir negócio processual em contrato de adesão, mas ele não pode ser abusivo; e, h) no negócio processual atípico, as partes podem definir outros deveres e outras sanções diferentes do previsto no rol legal de deveres e sanções processuais, para o caso de descumprimento da avença (Didier Jr., 2021, p.38-41).

Com relação à primeira diretriz, *in dubio pro libertate*, esta será aplicada, por via de regra, na dúvida e deve admitir o negócio jurídico processual, ressalvada apenas no caso de alguma regra que imponha uma interpretação restritiva, como, por exemplo, a do art. 114 do Código Civil.⁷⁰

Com relação à segunda diretriz, “negociação atípica”, é preciso esclarecer que o direito em litígio pode ser indisponível, mas deve admitir solução por autocomposição, como os direitos coletivos e o direito a alimentos, de modo que a indisponibilidade do direito material não impediria, por si só, a celebração de negócio jurídico processual.

Sabe-se, no entanto, que existe uma problemática típica das cláusulas gerais que, por sua vagueza de texto e abertura interpretativa, pode criar um sistema de difícil aplicação, aumentando o poder criativo do juiz pela necessidade de

⁷⁰ Código Civil – Art. 114. O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.

concreção da cláusula geral. Por conta dessa vagueza permeiam várias dúvidas entre os operadores do direito, as partes e o próprio juiz, em torno do objeto possível e dos critérios que devem ser analisados pelo magistrado ao avaliar a validade das convenções. Sendo omissa a lei, caberá à doutrina e à jurisprudência o oferecimento de respostas e os necessários contornos a uma teoria geral das convenções processuais.

Com relação à terceira diretriz, “licitude do objeto do negócio jurídico privado”, sabe-se que somente é possível negociar comportamentos lícitos, sendo nulos os negócios que versem sobre condutas ilícitas.

Um exemplo típico da quarta diretriz, “regulação expressa de um negócio”, é o caso de um acordo sobre competência, expressamente regulado e seu objeto bem delimitado (art. 63 do CPC).⁷¹ Assim, somente a competência relativa pode ser negociada, sendo vedado um acordo que disponha sobre competência em razão da matéria, da função e da pessoa.

No que se refere à quinta diretriz, “matéria de reserva legal”, pode-se dizer que o que for expressamente previsto no Código de Processo Civil, como os tipos recursais previstos no rol taxativo de recurso, regras do seu cabimento etc., não pode ser modificado.

A sexta diretriz, “proteção de direito indisponível”, constante do item “f”, diz respeito a negócios processuais celebrados em ambiente propício, mas com objeto ilícito porque dispõem sobre o afastamento de alguma regra processual cogente, com objetivo de proteger finalidade pública.

A sétima diretriz, “negócio processual em contrato de adesão”, diz respeito à vedação à excessiva onerosidade para uma das partes em negócio jurídico incluído em contrato de adesão, sendo nula a disposição por “inserção abusiva em contrato de adesão”.

Por fim, a oitava diretriz, “descumprimento da avença, autoriza a inclusão de outros deveres e sanções, para além daqueles previstos no Código de Processo Civil, no caso de descumprimento do acordo processual.

⁷¹ CPC – Art. 63. As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações.

As convenções processuais também podem versar sobre situações constituídas ou constituendas, por isso podem ser “prévias” (preparatórias ou pré-processuais) ou “incidentais” (interlocutórias), realizadas no curso do processo.

Nas convenções “prévias”, firmadas antes da instauração do processo e antes do surgimento de alguma controvérsia, delibera-se sobre o regramento do direito material e sobre o processo a ser instaurado em caso de conflito. Ocorre que, para equilibrar a utilidade das convenções prévias com o interesse público do processo, se exige a “previsibilidade”. Assim, o objeto dos acordos prévios deve ser não somente lícito, mas também preciso e determinado ou determinável, para que se possa conhecer sobre o que está sendo disposto e em que medida.⁷² Tal exigência se justifica para que não haja renúncia ampla a qualquer direito processual em qualquer outro processo futuro.

Nos acordos “incidentais”, as convenções atuam fortemente como um instrumento de gestão, mecanismos complementares aos poderes de condução do processo do juiz, sendo a liberdade contratual mais restrita, seja pela sede em que a avença deve ser cumprida – Poder Judiciário – seja porque entram em jogo interesses públicos.

Para o fim do presente estudo, também relevante compreender a distinção entre os “acordos obrigacionais” e os “acordos dispositivos”. Antonio do Passo Cabral (2020, p.90), ao tratar do tema, observa que no direito alemão existe a distinção entre acordos que impactam o procedimento, que são chamados de “acordos dispositivos” e aqueles que possuem efeitos abdicativos, ou seja, de renúncia a direitos e poderes, os chamados de “acordos obrigacionais”.

Nas palavras de Cabral (2020, p.91), as convenções “dispositivas” seriam negócios que versam sobre o procedimento, modificando as regras processuais ou procedimentais⁷³ e têm como exemplo a prorrogação da competência e os acordos

⁷² Discorrendo sobre a previsibilidade das convenções prévias, Antonio do Passo Cabral (2019, p.99) pontua que “todos os sujeitos afetados possam extrair das convenções processuais expectativas corretas a respeito de como o procedimento será delineado, mister se faz que o objeto da avença seja certo e determinado”.

⁷³ Cândido Rangel Dinamarco (2019, p.441) também discorrendo sobre o procedimento assevera que “A coordenação de atividades, contida nas normas do procedimento, é integrada por quatro elementos, a saber, (a) a indicação dos atos a realizar, (b) a determinação da forma de que cada um deles se revestirá, (c) o estabelecimento da ordem sequencial a ser observada entre eles e (d) a diversificação estrutural entre diversos ou muitos conjuntos de atividades e a destinação dos modelos assim instituídos às diferentes espécies de tutela jurisdicional postulada (a pluralidade dos procedimentos existentes em uma ordem jurídica: ordinário, sumário etc.)”.

sobre o ônus da prova. Em outras palavras, são convenções para a derrogação de normas, de modo que, havendo regra convencional, não incide a regra legal.

Os acordos “obrigacionais” são aqueles que não alteram o procedimento, mas estabelecem um fazer ou não fazer para um ou ambos os contratantes, criando, modificando ou extinguindo obrigações de comportamento a determinada forma no processo. Dizendo de outra forma, “são negócios jurídicos sobre situações jurídicas (ou sobre sua exercibilidade), como o *pactum de non petendo*, a convenção para a desistência da ação (a promessa de desistência), a renúncia convencional ao recurso, o *pactum de non exequendo*, entre outros” (Cabral, 2020, p.91).

Em suma, nos acordos obrigacionais, as partes convenciam o exercício ou não exercício de prerrogativas processuais, como o não ajuizamento de demanda, não executar a sentença, não alegar, não recorrer etc., sendo uma autorregulação dentro da liberdade de agir ou não agir no próprio interesse.

Para Antonio do Passo Cabral (2019, p.93), esse tipo de disposição contratual:

É a expressão do protagonismo e autonomia das partes na condução do processo, e, por isso, este tipo de regra convencional, quando aparece no processo, é *funcionalmente equivalente* às regras dispositivas do direito-material privado porque fruto da autonomia privada.

Essa classificação entre acordos dispositivos e obrigacionais está refletida na cláusula geral de negociação processual constante do art. 190 do Código de Processo Civil, mas nem sempre a distinção entre os dois tipos é tão evidente, podendo, algumas vezes, existir cumulação dos dois tipos.

No caso em tela, a convenção ora analisada que afasta, de forma definitiva (renúncia) ou temporária, as ações revisional e resolutive previstas nos arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil poderia ser interpretada como uma obrigação de não fazer, ou seja, um acordo obrigacional, sendo a referida convenção considerada, por essa ótica, além de um negócio jurídico material, também um negócio jurídico processual. Desse modo, para que seja considerada existente, válida e eficaz, a referida convenção deverá preencher todos os requisitos de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos material e processual.

4.2

Possível enquadramento como *pactum de non petendo*

Verifica-se, nesse sentido, que a convenção sob análise poderia se enquadrar como um acordo obrigacional e, mais precisamente, como um *pactum de non petendo*. José Carlos Moreira Alves (2003, p.104) define o *pactum de non petendo* como “acordo de vontade entre o credor e o devedor pelo qual aquele se compromete a não exigir deste o cumprimento de uma obrigação”.

Delosmar de Mendonça Neto e Luciano Guimarães (2017) conceituam o *pactum de non petendo*:

[...] como contrato por meio do qual as partes acordam pela impossibilidade de exigir-se, judicialmente, um crédito. Pela utilização desse instituto o credor abre mão do direito de exigir, no Poder Judiciário, que seu devedor cumpra uma obrigação que lhe é devida.

Contudo, Alberto Lucas Albuquerque da Costa Trigo (2020, p.55) critica a definição de Delosmar de Mendonça e Luciano Guimarães, posto que o enfoque dos autores parece estar exclusivamente no Poder Judiciário, enquanto se sabe que um exemplo essencial de promessa de não postular é a “cláusula compromissória” de arbitragem, prevista nos arts. 3º e 4º da Lei nº 9.307/96, frequentemente conceituada na doutrina como negócio jurídico processual que produz efeitos negativos quanto à jurisdição estatal e efeitos positivos quanto à jurisdição arbitral. Em outras palavras, por meio da cláusula compromissória, as partes contratantes renunciam à jurisdição estatal, de forma que eventuais disputas emergentes da relação apenas serão resolvidas por jurisdição privada.

Alberto Trigo (2020, p.58) conceitua o *pactum de non petendo* como:

[...] negócio jurídico processual por meio da qual determinada parte compromete-se, de forma temporária ou definitiva, a não exigir determinado direito ou parte dele, podendo também prometer não se valer de um mecanismo processual ou procedimento a que teria direito para satisfação da obrigação.

Com relação aos limites, ao *pactum de non petendo* seriam atribuídos os mesmos limites que, em geral, são impostos a qualquer convenção processual. No entanto, deve-se questionar se haveria possibilidade de convencionar *pactum* limitado no tempo ou a elasticidade do prazo prescricional previsto para o exercício de determinada pretensão.

Antonio do Passo Cabral (2019, p.387), ao tratar sobre o tema, defende não ser possível que o *pactum de non petendo* se prolongue de forma indeterminada no

tempo, tampouco que seu termo ultrapasse o prazo prescricional. Nesse sentido, argumenta que:

[...] convenções como o *pactum de non petendo*, ou aquelas que imponham mediação ou conciliação antes do ajuizamento da demanda perante o Judiciário, ou qualquer outra barreira dilatória ao exercício dos direitos processuais, embora primacialmente válidos e eficazes, não podem ser ilimitados no tempo, sob pena de reduzirem a zero a garantia do acesso à justiça. Também devem ser considerados inválidos se, apesar de submetidos a um termo fixo, seu cumprimento puder levar à ocorrência de prescrição ou decadência.

Assim, no entendimento de Cabral (2019), para que a convenção sob análise seja válida, há também a necessidade da fixação de um prazo determinado que não deve ultrapassar o prazo prescricional. Tal entendimento deriva de dois principais argumentos: (i) não poderiam as partes livremente dispor da tutela judicial de forma integral, impedindo por completo o acesso à justiça; e, (ii) não seria possível o nascimento ou a subsistência de débito sem a exigibilidade.

Alberto Trigo (2020, p.58), contudo, adota entendimento diverso, por dois relevantes argumentos: (i) de forma geral, os requisitos para uma promessa de não processar com prazo indeterminado serão praticamente os mesmos de uma remissão de dívida; e, (ii) não parece essencial que, absolutamente, todas as obrigações contem com exigibilidade, sobretudo, se assim preferirem as partes.

Isso porque a convenção celebrada não se eximirá do controle já previsto no parágrafo único do art. 190 do CPC. Nesse sentido, poderá ser o pacto controlado de ofício ou a requerimento, pelo julgador competente, não havendo restrição de acesso à justiça. A promessa de não processar de forma perpétua não significa renúncia a direito fundamental. Assim, o credor poderá ainda propor ações e levar determinadas questões ao Poder Judiciário, não significando que tenha direito a uma análise de mérito de sua pretensão, pois a outra parte alegando a existência de promessa de não processar perpétua, e não constatando o juiz qualquer abusividade na cláusula, deverá ser o processo extinto. De acordo com esse entendimento, seria plenamente válida a convenção sem limitação temporal.

Nesse sentido, levando em consideração a natureza processual e o fato de que seu objeto se limita à pretensão processual, há que se verificar os efeitos da promessa de não processar. Ora, se esta não tem efeitos no plano do direito material ou sobre pretensão de direito material, se conclui que o efeito precípua do *pactum*

de non petendo é gerar para o promitente uma obrigação de não agir perante o Poder Judiciário, nada impedindo que os contratantes promovam cobranças extrajudiciais.

No caso de um *pactum de non petendo in perpetuum*, ou seja, com prazo indeterminado, faz nascer uma espécie de obrigação reduzida, ou seja, continua a existir o que se poderia chamar de débito subjacente a eventual demanda, mas não poderá ser demandado judicialmente, o que poderia se assemelhar a uma obrigação natural (art. 882 do Código Civil), posto que assim como aquela se trata de débito sem exigibilidade (Trigo, 2020, p.94-102).

Contudo, Alberto Trigo (2020, p.101) entende que a promessa de não processar não deve ser considerada uma obrigação natural, pois a primeira exige uma exceção para ser cumprida, ou seja, deve o *pactum* ser utilizado como matéria de defesa no primeiro momento processual, sob pena de tácita revogação, o que não acontece com a obrigação natural, que em geral é conhecida de ofício pelo julgador.

Por fim, tendo em vista toda a controvérsia existente sobre a matéria analisada com base em forte doutrina no presente estudo, com intuito de trazer maior segurança jurídica para o cumprimento da obrigação de não fazer consistente no objeto da mencionada convenção, as partes podem convencionar uma cláusula penal, a qual poderá ser acionada em caso de descumprimento da referida obrigação de não fazer, de acordo autorização prevista no art. 408 do Código Civil, que assim dispõe: “Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.”

Outra possibilidade é o ajuizamento de um Requerimento de tutela específica, podendo o juiz determinar as providências que assegurem a obtenção daquele resultado prático pactuado, com fulcro no art. 497 do CPC. Por isso, não se exclui a possibilidade de que o interessado se valha de ações de natureza inibitória (art. 497, parágrafo único, do CPC) para evitar preventivamente o ajuizamento da pretensão, como ocorre com as *anti-suit injunctions*⁷⁴, comuns na arbitragem, para evitar a propositura de demanda perante o juízo estatal.

A conclusão a que se chegou foi que a convenção sob análise se enquadra tanto como negócio jurídico de direito material quanto de direito processual e que

⁷⁴ Espécie de decisão liminar, provisória, emitida por um determinado tribunal, de uma determinada jurisdição, proibindo um litigante de iniciar ou continuar litígios paralelos em outra jurisdição ou em outro tribunal. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Anti-suit_injunction>. Acesso em: 2 set. 2022.

pode ser qualificada como um *pactum de non petendo*, sendo que, especificamente com relação à validade do *pactum de non petendo*, existem divergências sobre o caráter temporal, no sentido de ser ou não necessária a fixação de um prazo para a referida obrigação de não fazer.

5 Conclusão

O contrato possui inúmeras funções, mas sua finalidade precípua é a circulação de riquezas, proporcionando garantia e segurança às relações do mundo civilizado, caminhando de mãos dadas com o desenvolvimento da humanidade, absorvendo as constantes mudanças na sociedade, refletindo os interesses das relações econômico-sociais e sendo contínuo instrumento de preservação dos direitos e deveres dos contratantes, tudo com vistas a permitir o cumprimento do programa contratual sem perturbações.

No entanto, de um lado se tem a segurança jurídica, refletida no princípio contratual do *pacta sunt servanda*, que traduz a força obrigatória e a força vinculante dos contratos e das obrigações neles estabelecidas entre as partes, e de outro lado se tem a influência dos fatos nas relações contratuais, muitas vezes promovendo perturbações por conta de eventos imprevisíveis e/ou extraordinários, fazendo com que a realidade do momento da execução do contrato seja diferente da realidade do momento da assunção das obrigações, bem como que suas disposições sofram determinadas consequências e percam o sentido, em vista do fim que as justificava.

Verifica-se, assim, que, como forma de mitigação da regra do *pacta sunt servanda*, existe a *rebus sic stantibus*. De modo que o contrato faz lei entre as partes enquanto as coisas permanecerem na forma estabelecida na época da formalização do instrumento.

Todo contrato pressupõe certa alocação de riscos, com a distribuição das perdas e ganhos econômicos decorrentes de determinado evento, sendo justamente com foco à alocação e previsão dos possíveis riscos contratuais que se sugere que os contratantes convençionem, no próprio instrumento, cláusulas de gestão de riscos, ou seja, de adaptação entre o momento da celebração do contrato e o momento de sua execução, caso este seja alterado por eventos supervenientes.

Tais convenções têm fundamento precípua na autonomia da vontade e no princípio do equilíbrio contratual - extraído de um conjunto de dispositivos que reprimem o desequilíbrio das prestações quando este resulta de um vício ou lapso na manifestação de vontade dos contratantes ou de causas supervenientes -, que visa a justiça contratual.

A onerosidade excessiva e o desequilíbrio contratual supervenientes, provocados por evento que atinge o contrato no curso de sua execução e altera seu conteúdo econômico, resultam na impossibilidade ou na insuportabilidade de cumprimento da obrigação por uma das partes contratantes, hipóteses em que, caso sejam preenchidos os requisitos previstos nos arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil, estará autorizada a via revisional ou resolutive.

O presente estudo se estribou na análise da tutela legal dos arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil, para entender se elas seriam suficientes e mesmo adequadas para decidir casos de perturbações que tornem as prestações contratuais excessivamente onerosas, com intervenção de terceiros que entrarão na seara da autonomia privada dos contratantes e decidirão seu futuro contratual ou se a alocação dos riscos relativos ao desequilíbrio contratual superveniente, pelos próprios contratantes, seria mais eficiente e vantajosa.

Feita toda essa análise, se verificou que a prática negocial vem revelando a eficácia das cláusulas de alocação dos riscos contratuais, por meio das quais se pretende gerir as consequências do desequilíbrio contratual superveniente, estabelecendo os mecanismos contratuais de renegociação, revisão ou resolução do contrato nesse caso, em substituição ao regime legal de revisão e resolução previstos nos arts. 317, 478, 479 e 480 do Código Civil, afastando, em princípio, os

riscos de uma intervenção heterônoma na relação contratual e valorizando a máxima de Georges Rouhette (1986, p.369 apud Aguiar Jr., 2011, v.VI, t.II, p.940) que *le contrat organise sa propre révision*, ou seja, “o contrato organiza a própria revisão”.

Além disso, essa alocação dos riscos contratuais pode ocorrer mediante gestão positiva, que seria a distribuição dos riscos entre os contratantes nas cláusulas contratuais, determinando-se, objetiva e expressamente, a quem cabe os ganhos econômicos e as perdas resultantes da verificação do risco, os quais devem ser previsíveis, de modo a que se possa atribuir a um ou ao outro contratante os efeitos de sua verificação, ou, por meio da gestão negativa, que seria a realizada nos chamados contratos incompletos, os quais possuem lacunas e elementos deliberadamente não preenchidos pelas partes no momento da sua celebração, e que serão determinados em momento futuro, por quem o contrato designar, tudo de acordo com o procedimento contratualmente previsto para a integração da lacuna.

O presente trabalho tratou dos limites da convenção contratual de gestão de risco que modifique, restrinja ou exclua a tutela *ex lege* do equilíbrio contratual e, por meio da qual, as partes contratantes estabeleçam o afastamento definitivo e total ou temporário e parcial da ação revisional e/ou da ação resolutiva, previstas nos arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil.

Não obstante a gestão dos riscos contratuais por convenção seja ato de autonomia privada, essas convenções contratuais devem respeitar os limites impostos pelos valores constitucionais e princípios da supremacia da ordem pública e da inafastabilidade da jurisdição estatal, de modo que devem se revestir de certos requisitos ou pressupostos para que sejam consideradas válidas e eficazes.

Uma vez que o Código Civil brasileiro não apresenta qualquer indicativo ou previsão expressa de que essas normas que visam restabelecer o reequilíbrio contratual ou ensejar sua revisão ou resolução teriam natureza cogente ou dispositiva, ou, ainda, se seriam normas de ordem pública, foram analisadas algumas posições doutrinárias, entre as quais, a que este estudo se filia, que admite que as partes contratantes afastem a tutela *ex lege* do equilíbrio contratual e abduquem definitivamente (totalmente) ou temporariamente (parcialmente) do direito de rever e/ou resolver judicialmente o contrato, em situação de onerosidade excessiva, mas não de forma genérica ou mediante renúncia em abstrato.

De acordo com o posicionamento da corrente à qual o presente estudo adere, a disposição contratual que modifique, restrinja ou exclua a tutela *ex lege* do equilíbrio contratual e estabeleça os requisitos específicos e os eventos para que se configure a excessiva onerosidade, bem como afaste (de forma definitiva ou temporária) as ações revisional ou resolutive previstas nos arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil, concretiza a autonomia privada e, pode sim, ser admitida, desde que, frise-se, os eventos que potencialmente comprometam o equilíbrio do contrato sejam bem delimitados e expressamente previstos em cláusula contratual.

Tal entendimento resulta, em parte, do fato de que, ao convencionarem o afastamento da tutela *ex lege* do equilíbrio contratual prevista no Código Civil, em situações específicas, os contratantes acabarão por transferir da álea extraordinária para a álea normal fatos que, originalmente, seriam imprevisíveis, mas que passam a ser expressamente previstos em convenção contratual, de modo que o requisito da imprevisibilidade, essencial para a aplicação das hipóteses da revisão e da resolução previstas nos arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil, estaria superado, restando às partes apenas a possibilidade de se valerem da revisão e da resolução judiciais e/ou arbitrais nos casos não expressamente previstos na referida convenção contratual e que preenchessem integralmente os requisitos previstos nos referidos dispositivos legais.

Esse entendimento também se baseia no fato de que esse afastamento consiste em elemento natural dos contratos de trato sucessivo ou de execução diferida, e que, por não envolver a ordem pública, a moral ou os bons costumes, pode ser objeto de cláusula especial que o modifique, restrinja ou exclua.

Ademais, sendo convenção amplamente negociada por partes paritárias, não havendo qualquer disparidade do poder negocial, não se haveria de negar a elas o direito de dispor da excessiva onerosidade superveniente da prestação, sem contar que se usa como premissa que o direito à revisão ou resolução contratual previsto no Código Civil é um direito de consequências eminentemente patrimoniais e, portanto, um direito disponível, razão pela qual não haveria qualquer vedação à sua renúncia.

Tomando-se por base essa linha de raciocínio, se pode concluir pela validade da convenção que modifique, restrinja ou exclua a tutela *ex lege* prevista nos arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil e estabeleça expressamente em que hipóteses estaria configurada a onerosidade excessiva em determinado contrato, uma vez que

o próprio Código Civil expressamente autorizou a gestão e a alocação do risco contratual nessas hipóteses, conforme se depreende do art. 421 do Código Civil, não havendo que se falar em violação à ordem pública.

Fez-se ainda uma análise da validade dessa convenção no que se refere à possibilidade de afastamento definitivo ou temporário da ação revisional e/ou da ação resolutiva, também previstas nos referidos dispositivos contratuais, no caso de ocorrência de hipóteses de desequilíbrio contratual expressamente previstas no contrato, à luz do princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal, tendo se chegado à conclusão de que, se os contratantes têm o poder de regular por si, seus próprios interesses, em ato de autonomia privada, estes também gozariam do poder de tutelar, por si, tais interesses, em exercício da autotutela.

Assim, sendo a autotutela um poder geral não excepcional (que é admitida, ainda que não expressamente prevista em lei), fruto da expressão da autonomia privada, seria possível, por via de consequência, que os contratantes elaborassem instrumentos de autotutela como a convenção objeto do presente estudo, desde que respeitados os princípios da boa-fé objetiva e da vedação ao abuso.

Buscou-se, ainda, analisar se tal convenção seria um negócio jurídico material ou um negócio jurídico processual, quais seriam seus requisitos de existência, validade e eficácia, e, ainda, se poderia ser qualificada como um *pactum de non petendo*, no que se concluiu que a convenção sob análise se enquadra como negócio jurídico de direito material e processual, e que pode ser qualificada como um *pactum de non petendo*. Contudo, para que seja considerada existente, válida e eficaz a referida convenção deverá preencher os requisitos dos negócios jurídicos material e processual.

Também se verificou que, em caso de descumprimento da aludida convenção contratual, a parte prejudicada poderá declarar o inadimplemento do contrato e promover a execução da cláusula penal prevista no art. 408 do Código Civil, em virtude do descumprimento da obrigação de não fazer, qual seja, a obrigação de não agir perante o Poder Judiciário sobre a matéria objeto da referida cláusula.

A parte prejudicada também poderá ajuizar um requerimento de tutela específica para que o magistrado determine as providências que assegurem a obtenção daquele resultado prático pactuado, com fulcro no art. 497 do Código de Processo Civil, não excluindo a possibilidade de o interessado se valer de ações de natureza inibitória (art. 497, parágrafo único, do CPC) para evitar preventivamente

o ajuizamento da pretensão perante o juízo estatal, assim como ocorre com as *anti-suit injunctions*.

Por fim, em recente pesquisa de jurisprudência feita nos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo, bem como no Superior Tribunal de Justiça, com vistas a localização de precedentes sobre a possibilidade de renúncia da tutela *ex lege* do equilíbrio contratual no caso de excessiva onerosidade, não foram localizados julgados que enfrentassem diretamente essa matéria.

Contudo, foram localizados alguns precedentes dos referidos Tribunais de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça que tratam de renúncia de ação revisional, em relações locatícias, mas que os julgadores invocaram a disciplina geral da onerosidade excessiva e da teoria da imprevisão previstas no Código Civil, além dos princípios da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*) e da relatividade dos contratos (*inter alios acta*). Apesar de versarem sobre legislação específica (Lei de Locações) e do fato de a matéria de fundo não tratar exatamente do tema deste estudo, os referidos precedentes enfrentam a questão da renúncia à revisão contratual, ainda que de forma superficial.

Da análise da referida jurisprudência se observou que os Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo e do Estado do Rio de Janeiro, em caso em que havia cláusula de renúncia à revisão no contrato objeto da controvérsia, afastaram a referida cláusula por conta de ocorrência de evento imprevisível, com base na regra do art. 317 do Código Civil, sob a justificativa de restabelecimento do equilíbrio econômico do contrato, sem que tenha sido questionada a validade da referida cláusula.

Já com relação à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento foi em sentido contrário ao manifestado nos precedentes dos referidos Tribunais Estaduais, uma vez que a Corte Superior reconheceu que o acórdão do Tribunal *a quo*, que invalidou a cláusula de locação garantida e de renúncia de reajuste do valor do aluguel pelo prazo do contrato (de vinte anos), violou o equilíbrio da relação contratual, destoando da jurisprudência daquela Corte Superior e indo contra a Súmula 357 do Supremo Tribunal Federal – STF.

Ademais, foram colhidas ainda jurisprudência da Corte Superior que, prestigiando os princípios da obrigatoriedade (*pacta sunt servanda*) e da relatividade dos contratos (*inter alios acta*), bem como a autonomia privada, restabeleceu cláusula contratual livremente pactuada entre as partes contratantes

que previa, em contrato de locação de espaço em shopping center, o pagamento em dobro do aluguel no mês de dezembro, tendo reconhecido, ainda, que a intervenção judicial deve ser reduzida nos contratos entre empresas, pela igualdade da posição dos envolvidos na avença, em virtude da força atribuída ao princípio da autonomia privada no plano do Direito Empresarial e da prevalência dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da função social da empresa.

6

Referências bibliográficas

AGÊNCIA BRASIL. Organização Mundial da Saúde declara pandemia de Coronavírus. **EBC**. 11.03.2020. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-03/organizacao-mundial-da-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>>. Acesso em: 27 maio 2022.

AGUIAR Jr., Ruy Rosado de. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense/GEN, Vol.VI, t. II. 2011.

_____. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Resolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALPA, GUIDO. *Rischio*. **Enciclopedia del diritto**. Vol. XL. Milano: Giuffré, 1989.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, Vol. II. 2003.

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 19. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ANDRADE, Fabio Siebeneichler de. A teoria da onerosidade excessiva no Direito brasileiro: limites e possibilidades de sua aplicação. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 134, 2014.

ASSIS, Araken de. Da resolução por onerosidade excessiva. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). **Comentários ao Código Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, Vol. V. 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Princípios gerais de Direito Contratual aplicáveis à dívida externa dos países em desenvolvimento. **Revista dos Tribunais**, v. 718, p.7-12. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 1995.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Marcos de Almeida Villaça. **Onerosidade excessiva e desequilíbrio contratual supervenientes**. São Paulo: Almedina, 2020.

BANDEIRA, Paula Greco. **Contratos aleatórios no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BANDEIRA, Paula Greco. **Contrato incompleto**. São Paulo: Atlas, 2015.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos internacionais**. São Paulo: Lex Editora, 2011.

BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparatista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, v. 9, n. 1, nov. 1993.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil – **CRFB/88**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 dez. 2020.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União – DOU**, de 05.01.1916.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 5 ago. 2022.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União, de 12.09.1990 e retificado em 10.01.2007.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 22 dez. 2020.

_____. Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. **Diário Oficial da União, de 21.10.1991.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm>. Acesso em: 22 dez. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União, de 22.06.1993, republicado em 06.07.1994 e retificado em 06.07.1994.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 22 dez. 2020.

_____. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União, de 24.09.1996.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 22 dez. 2020.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União, de 11.01.2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 22 dez. 2020.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União, de 17.03.2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 22 dez. 2020.

_____. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 set. 2019.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm>. Acesso em: 22 dez. 2020.

_____. Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). **Diário Oficial da União, de 08.09.2020 - edição extra.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm>. Acesso em: 22 dez. 2020.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei nº 6.204, de 2019. Senadora Soraya Thronicke (PSL/MS). Dispõe sobre a desjudicialização da execução civil de título executivo judicial e extrajudicial; altera as Leis n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996; 9.492, de 10 de setembro de 1997; 10.169, de 29 de dezembro de 2000; e 13.105 de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139971>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial nº 243.283/RJ. Rel.: Min. Fernando Gonçalves, DJ 10-04-2000.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 46.532, 4ª Turma, Rel.: Min. Aldir Passarinho Júnior, julg. 05-05-2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 831808, Rel.: Min. Nancy Andrighi, julg. 18-05-2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp. 744446/DF, 2ª T, Rel.: Min. Humberto Martins, DJe 05-05-2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp. 609.329/PR, Rel.: Min. Raul Araújo, julg. 18-12-2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça - STJ. REsp. 1413818/DF, Rel.: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 14-10-2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp. 1.321.614-SP, 3ª T., Rel. orig. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão (voto vencedor) Min. Villas Bôas Cueva. DJe 03-03-2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. AgRg no REsp. 1518605/MT, 3ª T. do STJ, Rel.: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 12-04-2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp. nº 1.409.849/PR. Rel.: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 26-04-2016. DJe, 05-05-2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp. 1348081/RS, Rel.: Min. João Otavio de Noronha, julg. 2-6-2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp. 1623475/PR, Rel.: Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 17-04-2018, DJe 20-04-2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.650.333 – MG. Rel.: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 28-08-2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp. 1810444/SP, Rel.: Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 23-02-2021, DJe 28-04-2021.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF, Pleno, RE 2.675, Rel.: Min. Laudo de Camargo, Rel. ad hoc Min. Costa Manso, julg. 05-01-1938.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJMG. Apelação 2359179-33.2006.8.13.0024, Des. Alvimar de Ávilla, julg. 22-01-2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJMG. Embargos Infringentes 0950385-66.2010.8.13.0024, Rel.: Des. Estevão Lucchesi, julg. 28-04-2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ. Agravo de Instrumento nº 1999.002.02041, 15ª CC, Rel.: Des. Ademir Pimentel, julg. 26-05-1999.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ. Agravo de Instrumento nº 0048798-65.2015.8.19.0000. Rel.: Des. Pedro Saraiva de Andrade Lemos, julg. 21-10-2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - TJRJ. Apelação nº 0171093-28.2020.8.19.0001. Décima Sexta Câmara Cível. Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo – Julg.: 07-07-2022.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - TJRJ. Apelação nº 0348371-50.2019.8.19.0001. Décima Oitava Câmara Cível. Des. Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos – Julg.: 13-07-2022.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - TJRJ. Agravo de Instrumento nº 0044314-60.2022.8.19.0000. Vigésima Terceira Câmara Cível. Des. Murilo André Kieling Cardona Pereira. Julg.: 02-08-2022 _____.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP. 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 1040068-68.2020.8.26.0100. Rel.: Des. Milton Paulo de Carvalho Filho, julg. 29-01-2021.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

_____. **Convenções Processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

_____. *Pactum de non petendo*: promessa de não processar no direito brasileiro. **Revista de Processo**, n. 305, 2020.

CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. *A onerosidade excessiva no direito civil brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

CENTRO BRASILEIRO DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM – CBMA. Disponível em: <<https://cbma.com.br/mediacao/clausula-de-mediacao/>>. Acesso em: 19 ago. 2022.

CODIGO CIVIL FRANCES. Edición bilingüe. Trad.: Álvaro Núñez Iglesias. Madrid: Marcial Pons, 2005.

CONSEIL D'ÉTAT. Conseil d'État, 30 mars 1916, compagnie générale d'éclairage de Bordeaux. Disponível em: <<https://conseil-etat.fr/site/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/conseil-d-etat-30-mars-1916-compagnie-generale-d-eclairage-de-bordeaux>>. Acesso em: 30 ago. 2022.

DIAS, Antonio Pedro Medeiros. **Revisão e resolução do contrato por excessiva onerosidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

DÍAZ, Julio Alberto. A teoria da imprevisão no novo Código Civil brasileiro. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, a. 5, n. 20, out./dez. 2004.

DIDIER JR., Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. 2. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

_____. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 57, p.167-172, 2015. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/98637/principio_respeito_autor_regramento_didier.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2021.

_____; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, V. II. 2019.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coord.). **Transformações no Direito privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ENCICLOPÉDIA LIVRE. Grande Depressão. **Wikipédia**. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Grande_Depressão>. Acesso em: 26 maio 2022.

_____. Recessão causada pela pandemia de COVID-19. **Wikipédia**. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Recess%C3%A3o_causada_pela_pandemia_de_COVID-19>. Acesso em: 26 maio 2022.

_____. Invasão da Ucrânia pela Rússia em 2022. **Wikipédia**. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Invas%C3%A3o_da_Ucr%C3%A2nia_pela_R%C3%BAssia_em_2022>. Acesso em: 26 maio 2022.

_____. Anti-suit injunction. **Wikipédia**. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Anti-suit_injunction>. Acesso em: 2 set. 2022.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**: volume único. Salvador: JusPodivm, 2017.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **Adimplemento e extinção das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS – FPPC. Enunciado 6. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 1 ago. 2021.

_____. Enunciado 20. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 1 ago. 2021

_____. Enunciado 134. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 1 ago. 2021.

_____. Enunciado 254. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 1 ago. 2021.

_____. Enunciado 409. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 1 ago. 2021.

FRANTZ, Laura Coradini. **Revisão dos contratos**: elementos para sua construção dogmática. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRAZÃO, Ana. **Existe um dever de renegociar?** Dificuldades do reconhecimento de um dever de renegociar amplo e aplicável a todos os contratos paritários e em todas as situações. 17.06.2020. Disponível em: <http://professoraanafrazao.com.br/files/publicacoes/2020-06-17-Existe_um_dever_de_renegociar_Dificuldades_do_reconhecimento_de_um_dever_de_renegociar_amplo_e_aplicavel_a_todos_os_contratos_paritarios_e_em_todas_as_situacoes.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva Educação, Vol. 4. 2019.

_____; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; PEREIRA, Daniel Queiroz. Função social no direito privado e constituição. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). **Função social no direito civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GERI, Lina Bigliuzzi. Autotutela: II) Diritto civile. **Enciclopedia giuridica Treccani**, Vol. IV. 1988.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: de acordo com o novo Código Civil. 2. ed. Col. Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GRECO, Leonardo. **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2005.

ICC FORCE MAJEURE AND HARDSHIP CLAUSES MARCH 2020. Disponível em: <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/03/icc-force majeure-hardship-clauses-march2020.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2022.

KAYE, Tim. Law and Risk. In: WOODMAN, Gordon R.; KLIPPEL, Diethelm (Org.). **Risk and the Law**. New York: Routledge-Cavendish, 2009.

KHOURI, Paulo R. Roque A. **A revisão judicial dos contratos no novo Código Civil, Código do Consumidor e Lei nº 8.666/93: a onerosidade excessiva superveniente**. São Paulo: Atlas, 2006.

KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp. 1276311. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 50, p.217-236, 2012.

_____. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, v. 60, n. 1, p.193-213, 2015.

_____. Princípios contratuais e exigência de fundamentação das decisões: boa-fé e função social do contrato à luz do CPC/2015. **Revista Opinião Jurídica**, n. 19, a. 14, p.33-57, jul./dez. 2016. Disponível em: <<http://konder.adv.br/wp-content/uploads/2018/01/Carlos-Nelson-Konder-Principios-contratuais-e-exigencia-de-fundamentacao-das-decisoes.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2022.

_____; SCHREIBER, Anderson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, v. 10, out./dez. 2016.

_____; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. O equilíbrio contratual nas locações em shopping center: controle de cláusulas abusivas e a promessa de loja âncora. **Scientia Iuris**, vol. 20, n. 3, nov./2016.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A onerosidade excessiva no Código Civil. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo, n. 31, 2006.

LYNCH DE MORAES, Maria Antonieta. Resolução e revisão dos contratos por onerosidade excessiva. In: NETTO, Paulo Luiz (Coord.). **A teoria do contrato e o novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Revisão contratual**: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa. São Paulo: Almedina, 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. In: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (Org.). **Transformações contemporâneas do direito das obrigações**: estudos em homenagem a Orlando Gomes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.

_____. Adimplemento e inadimplemento. In: Palestra proferida no seminário sobre o Novo Código Civil. **Anais EMERJ – Debate o Novo Código Civil**, 08 mar. 2002. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/54347/adimplemento_inadimplimento_costa.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2022.

_____. **Comentários ao Código Civil**: do Direito das Obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, Vol. 5, t. 1. 2003.

_____. **Comentários ao Novo Código Civil**: do Direito das Obrigações. Adimplemento e extinção das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, Vol. V, t. I. 2005.

_____. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____; COSTA E SILVA, Paula. **Crise e perturbações no cumprimento da prestação**. Estudo de Direito Comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

MENDONÇA NETO, Delosmar Domingos de; GUIMARÃES, Luciano Cezar Vernalha. Negócio jurídico processual, direitos que admitem a autocomposição e o *pactum de non petendo*. **Revista de Processo**, v. 272, Versão eletrônica, item 5. 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p.4, out./dez. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.2.n.1.2013>>. Acesso em: 18 dez. 2020.

_____. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. 2. reimp. Rio de Janeiro: Renovar, 2019.

NANNI, Giovanni Ettore. **Direito Civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014.

NASSER, Paulo Magalhães. **Onerosidade excessiva no contrato civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. 2. ed. JusPodivm. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 29. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, Vol. 1. 2016.

_____. **Instituições de direito civil**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Vol. 3.

PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**. Napoli: ESI, 2005.

_____. **Perfis do Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Normas constitucionais nas relações privadas. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 8, n. 1, 2019. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2019/04/Perlingieri-civilistica.com-a.8.n.1.2019-2.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2022

PONCIANO, Vera Lúcia Fiel. **O controle da morosidade do judiciário: eficiência só não basta**. Justiça Federal. Seção Judiciária do Paraná. 2015. Disponível em: <<http://www.tre-pr.jus.br/o-tre/escola-judiciaria-eleitoral/artigos/o-controle-da-morosidade-do-judiciario-eficiencia-so-nao-basta>>. Acesso em 18 jan. 2022.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito privado**. T. III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

_____. **Tratado de Direito privado**. v. 25. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971

PRADO. Augusto César Lukascheck. STJ avança na delimitação da doutrina do adimplemento substancial (parte 1). **Consultor Jurídico**. 11.06.2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-11/direito-civil-atual-stj-avanca-delimitacao-adimplemento-substantivo-parte>>. Acesso em: 10 dez. 2020.

PRADO. Augusto César Lukascheck. STJ avança na delimitação da doutrina do adimplemento substancial (parte 2). **Consultor Jurídico**. 18.06.2018. <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-18/direito-civil-atual-stj-avanca-delimitacao-adimplemento-substantial-parte>>. Acesso em: 18 jan. 2022.

REALE, Miguel. **Código Civil**. Anteprojetos com revisões, correções, substitutivos e acréscimos. Biblioteca do Instituto de Estudos Culturalistas, Canela/RS. Inédito.

RENTERIA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do Direito Civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

- ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1947. Impressão 2009.
- ROUHETTE, Georges. La révision conventionnelle du contrat. **Revue Internationale de Droit Comparé**, Paris, v. 38, n. 2, avril/juin 1986.
- SALES, L. M. de M.; DE SOUSA, M. A. O sistema de múltiplas portas e o judiciário brasileiro. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, [S. l.], v. 5, n. 16, p.204–220, 2011. DOI: 10.30899/dfj.v5i16.360. Disponível em: <<https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/360>>. Acesso em: 19 ago. 2022.
- SALLES, Raquel Bellini. **Autotutela nas relações contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019.
- SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 32, p.15, out./dez. 2007.
- _____. Da imprevisão ao equilíbrio contratual. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.
- _____. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- _____; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando, MELO, Marco Aurélio Bezerra de; DELGADO, Mário Luiz. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- SCHUNCK, Giuliana Bonanno. **A onerosidade excessiva superveniente no Código Civil: críticas e questões controvertidas**. São Paulo: LTr, 2010.
- SIDOU, J. M. Othon. **A revisão judicial dos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SIMÃO, José Fernando. Adimplemento substancial e a nova orientação do STJ – E o poder dos bancos prevaleceu. **Professor Simão**. 02.05.2017. Disponível em: <<https://professorsimao.com.br/adimplemento-substancial-e-a-nova-orientacao-do-stj-e-o-poder-dos-bancos-prevaleceu/>>. Acesso em: 18 jan. 2022.

SIQUEIRA, Mariana Ribeiro. **Adimplemento substancial**: parâmetros para a sua configuração. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. **Risco contratual, onerosidade excessiva & contratos aleatórios**. Curitiba: Juruá, 2015.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 50, abr./jun. 2012.

TABET, Gabriela. Obrigações pecuniárias e revisão obrigacional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TARTUCE, Flávio. A teoria do adimplemento substancial na doutrina e na jurisprudência. 2005. **Gen Jurídico**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/05/07/a-teoria-do-adimplemento-substancial-na-doutrina-e-na-jurisprudencia>>. Acesso em: 18 jan. 2022.

_____. **Função social dos contratos**. São Paulo: Método, 2007.

_____. **Direito Civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. Rio de Janeiro: Forense, Vol. 3. 2020.

TEPEDINO, Gustavo. A MP da liberdade econômica e o direito civil. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. Belo Horizonte, v. 20, p.11-13, abr./jun. 2019.

TEPEDINO, Gustavo. Direitos de liberdade econômica e o Direito Civil. Disponível em: <oabrj.org.br/colunistas/gustavo-tepedino/direitos-liberdade-economica-direito-civil>. Acesso em: 18 jan. 2022.

_____; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do Direito Civil: contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, Vol. 3. 2021.

_____; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloisa Helena. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, Vol. II. 2006.

_____; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do Direito Civil**. Teoria geral do Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, Vol. 1. 2020.

_____; SCHREIBER, Anderson. **Fundamentos do Direito Civil: obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, Vol. 2. 2020.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. A contemporânea teoria do inadimplemento: reflexões sobre a violação positiva do contrato, o inadimplemento antecipado e o adimplemento substancial. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Org.). **Direito Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, Vol. 2. 2015.

_____. Autonomia contratual: da estrutura à função. **Arquivo Jurídico. Teresina-PI**, v. 2, n. 2, p.85-102, jul./dez. 2015.

_____. **Cláusula resolutiva expressa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**. Belo Horizonte, v. 6, out./dez. 2015, p.13-14. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/80/183>>. Acesso em: 19 jun. 2022.

_____; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp. 1.581.505. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. Belo Horizonte, v. 11, p.95-113, 2017.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Giselda Sampaio da Cruz (Org.). **Princípios contratuais aplicados**: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência. Indaiatuba: Foco, 2019.

_____; SCHENK, Leonardo Faria. Inafastabilidade da jurisdição e autotutela: o exemplo da cláusula resolutiva expressa. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, v. 20, a. 13, n. 3, set./dez. 2019. Disponível em: <https://www.academia.edu/40330956/INAFSTABILIDADE_DA_JURISDI%C3%87%C3%83O_E_AUTOTUTELA_O_EXEMPLO_DA_CL%C3%81USULA_RESOLUTIVA_EXPRESSA_1_GUARANTEE_OF_RECOURSE_TO_THE_COURTS_VERSUS_SELF_ADMINISTERED_JUSTICE_THE_EXAMPLE_OF_THE_EXPRESS_TERMINATION_CLAUSE>. Acesso em: 28 jul. 2021.

TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. **Promessa de não processar e de não postular**: o *pactum de non petendo* reinterpretado. Salvador: JusPodivm, 2020.

UNIDROIT. 2010. Princípios. Disponível em: <<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/chapter-6-section-2/#1623694323415-30641944-9988>>. Acesso em: 15 jul. 2022.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. São Paulo: Atlas, V.II. 2005.

WALD, Arnoldo. O equilíbrio econômico-financeiro e a revisão dos contratos. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Coord.). **Direito & justiça social**: por uma sociedade mais justa, livre e solidária. São Paulo: Atlas, 2013.